

Peter Schmidt

STAATLICHE UND GEMEINDLICHE MONOPOLE
UND FREIHEIT DES BERUFS

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555408_0049

STAATLICHE UND GEMEINDLICHE MONOPOLE
UND FREIHEIT DES BERUFS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich

Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms Universität zu
Münster

vorgelegt von Peter Schmidt
aus Münster
Jahr 1978



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Achterberg
Dekan: Prof. Dr. Welp
Tag der mündlichen Prüfung: 17.02.78

DIESE ARBEIT WIDME ICH
MEINEN ELTERN UND MEINER FRAU

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I.	Darstellung der Betätigungsformen von Staat und Gemeinden im ökonomischen und gesellschaftlichen Bereich	1
1.	Im Bereich der Wirtschaft	1
2.	Im Bereich der Gesellschaft	4
II.	Kurze Darstellung der in Betracht kommenden Betätigungen mit monopolistischer Wirkung	5
III.	Ausschließliche Relevanz von Art. 12 I GG	5
1.	Das Verhältnis zu Art. 14 I GG	6
2.	Art. 12 I GG als lex specialis zu Art. 2 I GG	7

1. Teil: Das Monopol

1. Abschnitt: Qualifizierung der Erscheinungsformen des Monopols

I.	Originär staatliche Monopole	10
II.	Von der Gesellschaft übernommene Monopole	10
III.	Verwaltungsmonopole	12
1.	Erscheinungsformen	12
2.	Arten von Verwaltungsmonopolen	12
3.	Wesen des Verwaltungsmonopols	14
IV.	Finanzmonopol	15
1.	Erscheinungsformen	15
a)	Branntweinmonopol	15
b)	Zündwarenmonopol	15
2.	Wesen des Finanzmonopols	15

V. Staatlich begründete Privatmonopole	17
2. Abschnitt: Das Monopol im Rechtssinn	
I. Überblick über die gängigen Definitionen	17
II. Begriffliche Erfassung des Wesens des Monopols .	17
2. Teil: Die Monopole und Art. 12 I GG	
1. Abschnitt: Art. 12 I GG als Maßstabsnorm	
I. Darstellung der Meinungen	23
1. Grundsätzliche Ablehnung von Art. 12 I GG als Maßstabsnorm	23
a) Lehre von der Kompetenz-Kompetenz	23
b) Das Sozialstaatsprinzip als Freistellung von der Bindung an Art. 12 I GG	26
2. Relativierung von Art. 12 I GG	26
a) Lehre vom vorrechtlichen Gesamtbild	26
b) Art. 33 GG als Spezialregelung gegenüber Art. 12 I GG	27
aa) Frühe Rechtsprechung des BVerwG	27
bb) Rechtsprechung des BVerfG noch im sog. Apothekenurteil	28
cc) Zweigert/Reichert-Facilides	30
c) Lehre von der Rechtfertigung (Suspendierung des an sich geltenden Art. 12 I GG) durch andere grundgesetzliche Kompetenztitel	31
3. Absolute Geltung von Art. 12 I GG für Monopole .	33
II. Auseinandersetzung und Stellungnahme zu diesen Ansichten	35
1. Zu den Ansichten, wonach Art. 12 I GG auf Monopole grundsätzlich keine Anwendung finden soll .	35
a) Lehre von der Kompetenz-Kompetenz	35
Ablehnung dieser Lehre hinsichtlich der Zulässigkeit nicht genuiner Monopole.	
b) Sozialstaatsprinzip als Freistellung von Art. 12 I GG	37
Die Sozialstaatsklausel gibt keine Ermächtigung zur Monopolisierung	
2. Relativierung des Art. 12 I GG	40

a)	Lehre vom vorrechtlichen Gesamtbild	40
	Auch der überkommene Normenbestand hat sich einer Prüfung am materiellen Verfassungsrecht zu unterziehen	
b)	Art. 33 GG als Spezialregelung gegenüber Art. 12 I GG	41
	Art. 33 GG kann Art. 12 I GG nicht verdrängen	
c)	Lehre von der Rechtfertigung durch grundge- setzliche Kompetenztitel	45
	Wie sich zeigt, wird diese Auffassung einer Lösung von der Zulässigkeit öffentlicher Mono- pole gerecht	
3.	Absolute Geltung des Art. 12 I GG	49
	Diese Lehre ist Ausgangsbasis für die Lehre von der Rechtfertigung durch grundgesetzliche Kompe- tenztitel	
III.	Die Lehre von der Rechtfertigung durch Kompetenztitel und die einzelnen Monopole. Untersuchung der einzelnen Erscheinungsformen des Monopols, inwieweit sie durch einen grundgesetzlichen Kompetenztitel zu rechtfertigen sind	50
1.	Die originär staatlichen sowie die von der Gesellschaft übernommenen "Monopole"	50
2.	Verwaltungsmonopole	50
a)	Post, Bahn, Rundfunk, Fernsehen	50
b)	Arbeitsvermittlungsmonopol	53
c)	Feuerversicherungsmonopol	53
d)	Anschluß- und Benutzungszwang	55
3.	Finanzmonopole	60
4.	Staatlich begründete Privatmonopole	62
	2. Abschnitt: Überprüfung der nicht durch grundgesetzliche Kompetenztitel gerechtfertigten Monopole an Art. 12 I GG	
I.	Feststellung der Verletzung des Schutzbereiches von Art. 12 I GG durch das jeweilige Monopol ...	64
II.	Anwendung der 3-Stufen-Theorie	65
III.	Die einzelnen Monopole	66
1.	Post- und Fernmeldewesen	66
2.	Bundesbahn	68

3. Rundfunk	69
a) Rundfunk als Verwaltungsmonopol	69
b) Konkrete Prüfung anhand der 3-Stufen-Theorie .	70
4. Arbeitsvermittlungsmonopol	72
5. Gemeindemonopole (Anschluß- und. Benutzungszwang)	74

Abkürzungen

Zitate mit "a.a.O." verweisen auf vorangehende Fußnoten, nicht auf die Literaturzusammenstellung.

BayVGH	=	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BGH	=	Bundesgerichtshof
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts, Band....
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts, Band....
DGO	=	Deutsche Gemeindeordnung
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	=	Deutsche Richterzeitung
DVBL	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GG	=	Grundgesetz
GO	=	Gemeindeordnung
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JUS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
VVdStL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WIR	=	Wirtschaftsrecht
Wolff VerwR	=	Hans Julius Wolff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
ZfGesStW	=	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZVersWiss	=	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einleitung

Ursprüngliche, essentielle Aufgabe des Staates¹ war und ist die Pflege der Beziehungen zu anderen Staaten (z.B. völkerrechtlicher Verkehr, Verteidigung) sowie die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf zahlreichen Sachgebieten (z.B. Polizei, Überwachung von Gewerbetreibenden, Überwachung des Straßenverkehrs etc.). Abgesehen von diesen Funktionen betätigt sich der Staat, insbesondere aber auch die Gemeinden, in mannigfaltiger Weise im ökonomischen, gesellschaftlichen und im Bereich der Daseinsvorsorge².

Von dieser Betrachtung ausgehend, soll die vorliegende Untersuchung einen Überblick verschaffen, inwieweit die letztgenannten Betätigungsfelder der öffentlichen Hand monopolistische Wirkung zeigen und die Frage beantworten, inwiefern staatliche und gemeindliche Monopole mit unserer Verfassung in Einklang zu bringen sind.

I. Darstellung der Betätigungsformen von Staat und Gemeinden im ökonomischen und gesellschaftlichen Bereich

1. Im Bereich der Wirtschaft

Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht umfassend die geschichtliche Entwicklung der

1 Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 8 ff. mit Hinweisen auf Wilhelm v. Humboldt

2 Begriff von Forsthoff in: Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 2

öffentlichen Unternehmen aufgezeigt werden¹, ein - zum Verständnis jedoch notwendiger - kurzer Abriß muß deshalb genügen. Die Epoche der öffentlichen Unternehmen begann im Zeitalter des Merkantilismus, in Deutschland insbesondere hervorgerufen durch die Theorie der Kameralistik Anfang des 18. Jahrhunderts.

Hervorgerufen durch den Aufbau stehender Heere und den damit verbundenen lebhaft steigenden Finanzbedarf der Fürsten mußten neue Finanzquellen erschlossen werden. Dieses Ziel wurde zum einen durch eine weitgehende Förderung zum Aufbau von Industrien, meistens durch Gewährung von Monopolrechten², zum anderen durch Gründung eigener Manufacturen erreicht.

Die wichtigsten Tätigkeitsgebiete der öffentlichen Unternehmen in dieser Zeit waren der Bergbau sowie die Textil-, Eisen-, Waffen- und Porzellanindustrie³.

Nachdem die Gedanken des Liberalismus zu einer gegenteiligen Tendenz geführt hatten, nämlich die öffentlichen Unternehmen soweit wie möglich in die Privatwirtschaft zu überführen, setzte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine wiederum gegenläufige Entwicklung ein, die bis heute nicht zum Abschluß gekommen ist. So wurde

1 verwiesen sei auf das umfangreiche Schrifttum, u.a. Badura, Verwaltungsmonopole, S. 59 ff.; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 24 ff.

2 z.B. Salzhandels-, Tabak-, Kaffee-, Porzellanmanufacturmonopol

3 Emmerich, a.a.O., S. 25

das Eisenbahnwesen verstaatlicht¹, auf Gemeindeebene wurden öffentliche Verkehrs- und Versorgungsunternehmen tätig².

Neben ihren Aufgaben auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung haben die Gemeinden und Gemeindeverbände in verhältnismäßig weitem Umfang rein wirtschaftliche Aufgaben übernommen. Das ergab sich aus ihrer Aufgaben- und Pflichtenstellung, im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit alle erforderlichen Maßnahmen zur Förderung des Wohls ihrer Einwohner zu ergreifen. Zu der ursprünglichen Betätigung als Verkehrsversorgungsunternehmen sowie der Wasser-, Gas- und Elektrizitätserzeugung traten insbesondere die Errichtung von Sparkassen³, das Bestattungswesen⁴ und neuerdings auch die Wohnungsvermittlung⁵.

Als hauptsächliche rechtliche Organisationsform der öffentlichen Unternehmen beherrschte ursprünglich das reine Regieunternehmen das Feld, das keine institutionalisierte Selbständigkeit besaß, also nicht zu den

1 dazu im einzelnen Badura, a.a.O., S. 209 ff.

2 Emmerich, a.a.O., S. 28 mit weiteren Nachweisen; zur weiteren Entwicklung: ders. S. 29-34

Abgesehen von den Unternehmen und konzernfreien Gesellschaften des Bundes beteiligt sich dieser heute an einer Fülle weiterer Unternehmen; schließlich sei darauf hingewiesen, daß der Bund die Bundesbahn und die Bundespost betreibt, vgl. im einzelnen Emmerich a.a.O., S. 34/35

3 s. hierzu Scholler-Broß, Grundzüge des Kommunalrechts, S. 170, Fußn. 31 m.w.N.

4 ebenda S. 171,

5 ebenda S. 171, insbes. Fußn. 38

juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen) gehörte¹. An die Stelle dieser Regieunternehmen sind in den meisten Fällen die Eigenbetriebe getreten, die ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind, aber in Anstaltsform nach der 1938 geschaffenen Eigenbetriebsverordnung (EBVO) geführt werden².

2. Im Bereich der Gesellschaft

Die Aktivitäten des Staates auf diesem Gebiet erstrecken sich auf den Bereich des Ausbildungswesens, der Massenkommunikationsmittel Rundfunk und Fernsehen, der wissenschaftlichen Forschung und der Kunst, des Verkehrswesens und der Kreditanstalten.

Relevanz für die vorliegende Arbeit birgt die dargestellte Betätigung des Staates und der Gemeinden, wenn sie monopolistische Wirkung zeigt.

Der ursprünglichen Bedeutung nach bezeichnete "Monopol" das Recht oder die Möglichkeit, ein Gut als einziger zu verkaufen (sogen. Angebotsmonopol)³. Man hat dann den Begriff auch auf die umgekehrte Situation, daß nur ein Nachfrager auftritt, ausgedehnt und spricht von Nachfragemonopol oder Monopson⁴.

1 z.B. Staatsbäder oder Versorgungsunternehmen kleinerer Gemeinden

2 Thiele, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 160; Scholler-Broß, a.a.O., S. 174; vgl. dazu die einzelnen Bestimmungen der Gemeindeordnungen, z.B. §§ 103 b.-w.GO; 111 Abs. 1, 93 n.-w. GO

3 Badura, a.a.O., S. 1/2; Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung, S. 13

4 vgl. zu den verschiedenen Bedeutungen im einzelnen: Meyer-Cording, a.a.O., S. 13 f., Badura, a.a.O., S. 3 ff.

II. Kurze Darstellung der in Betracht kommenden Betätigungen mit monopo- listischer Wirkung

Zunächst tritt der "Staat"¹ als Rechts-
setzer und Ordnungsgarant in Erscheinung,
er ist Gerichtsherr und Armeeorganisator.
Im Zuge des modernen Steuerstaates betä-
tigt er sich als Steuereinnahmer; des wei-
teren ist er Münz- und Notenemissär², er
betreibt Post und Bahn, Rundfunk und Fern-
sehen.

Der Staat hat das gesamte Erziehungs- und
Ausbildungswesen inne. Er hat das Monopol
für Arbeitsvermittlung und Feuerversiche-
rung und unterhält Finanzmonopole. Weiter-
hin begründet er für bestimmte Berufszwei-
ge Monopolstellungen, wie z.B. für Schorn-
steinfeger, Hebammen und Apotheker.

Die Gemeinden betreiben Einrichtungen zur

- Strom- und Wasserversorgung
- Müllabfuhr
- Straßenreinigung
- Leichenbestattung
- Schlachthöfe.

III. Ausschließliche Relevanz von Art. 12 Abs. 1 GG

Monopolisierende Tätigkeiten, die der Staat
und die Gemeinden vornehmen oder durch an-
dere ausführen lassen, können einen Eingriff
in die grundgesetzlich geschützte Sphäre an-
derer Personen beinhalten. Denn in diesem

1 darunter versteht der Verfasser Bund und
Länder

2 hierzu Badura, a.a.O., S. 95 ff.

Fall ist es Privatpersonen verwehrt, derselben Tätigkeit als selbständige Unternehmer nachzugehen; sie können das dann nur in einem abhängigen Arbeitsverhältnis. Neben Art. 12 Abs. 1 GG wäre in erster Linie an Art. 14 Abs. 1 GG und an Art. 2 Abs. 1 GG zu denken.

Unabhängig von der später ausführlich zu behandelnden Frage, ob und inwieweit Monopole überhaupt an der Verfassung zu messen sind, sollen zunächst die Relevanz der einschlägigen Grundrechtsbestimmungen und ihr Verhältnis untereinander kurz dargestellt werden. Hiernach wird sich zeigen, daß im Rahmen dieser Arbeit nur Art. 12 Abs. 1 GG Bedeutung hat.

1. Tätigkeiten des Staates mit monopolisierendem Charakter schränken die Berufsfreiheit verschiedener Personengruppen und Berufszweige ein. Die Frage ist jedoch, in welchem Verhältnis Art. 12 Abs. 1 GG zu dem aus Art. 2 Abs. 1 GG fließenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG steht. Wenn man das Verhältnis aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG betrachtet, dürfte im allgemeinen der Fall so liegen, daß sich beide Artikel voneinander abgrenzen.¹ "Da die Gewährleistung des Eigentums insoweit die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit ergänzt, als sie dem einzelnen vor allem den durch eigene Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern anerkennt, schützt Art. 14 Abs. 1 GG nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen. Diese Bestimmung schützt keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten, sondern

¹ Zur Frage der Grundrechtskonkurrenzen vgl. S. 7 ff.

das Erworbene, nämlich das Ergebnis der Betätigung, wogegen Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb, die Betätigung selbst schützt. Greift somit ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, so kommt der Schutz des Art. 14 GG in Betracht"¹. Daraus folgt, daß ein Eingriff in die berufliche Sphäre im wesentlichen nur dann ein Eingriff in die Vermögenssphäre ist, wenn die Berufsausübungsregelung betroffen ist, und zwar dergestalt, daß durch Maßnahmen, die die Berufsausübung regeln, das Erworbene in irgendeiner Weise verändert wird². Eine in dieser Weise verstandene Interpretation des Verhältnisses der Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG zueinander läßt eine Überschneidung beider Grundrechte im Falle einer monopolisierenden Tätigkeit des Staates nicht zu.

2. Anders könnte die Frage zu beurteilen sein, wenn man das Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 GG zu Art. 2 Abs. 1 GG betrachtet. Staatliche Monopole könnten sowohl die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit als auch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG einschränken.

Hier stellt sich allgemein das Problem der Grundrechtskonkurrenz. Damit sind die Fälle gemeint, in denen auf ein und dieselbe Maßnahme des Staates mehrere Grundrechte Anwendung finden. Zur Beurteilung steht daher die

1 BVerfG DOV 1971, 458; vgl. auch Thiele a.a.O. S. 221

2 dazu: Maunz, Art. 14 Abs. 1, Rdnr. 20 und die dort zitierte Rspr.

Frage, ob sich der von einem Monopol potentiell Betroffene sowohl auf Art. 12 Abs. 1 GG als auch auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen kann, oder ob die Maßnahme nur an einer der beiden Vorschriften zu messen mit der Folge, daß sich der Betroffene nur auf diese stützen kann?

Es wird die Auffassung vertreten, im Falle einer Grundrechtskonkurrenz habe das schwächere Grundrecht den Vorrang, d.h. der Konflikt sei zugunsten des Grundrechts mit den weitgehendsten Einschränkungsmöglichkeiten zu lösen¹.

Nach einer entgegengesetzten Meinung ist die Verfassungsmäßigkeit einer Maßnahme an dem jeweils stärkeren Grundrecht zu messen².

Beide Auffassungen kommen in der Frage, ob die monopolisierende Tätigkeit des Staates unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 Abs. 1 GG oder des Art. 12 Abs. 1 GG zu beurteilen ist, zu keinem Ergebnis, denn beide Grundrechte werden von vornherein nur mit beschränktem Inhalt gewährt, so daß unter dem Blickwinkel von möglichen Eingriffsschranken keine Abwägung vorgenommen werden kann.

1 v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV 2 b;
Rüfner, Der Staat, 1968, S. 41 ff

2 Stern, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Bd. 1, 1966, S. 65;
Peters, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, 1969, S. 298;
Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBL 72, 161 (164 f)

Oft lassen sich Konkurrenzprobleme durch eine genaue Abgrenzung der Wirkungsbereiche der einzelnen Grundrechte lösen¹.

Das vermeindliche Schrankenproblem wird jedoch dadurch ausgeräumt, daß man im Verhältnis des Art. 2 Abs. 1 GG zu Art. 12 Abs. 1 GG den auch im Verfassungsrecht anwendbaren Grundsatz, die allgemeine Norm sei der spezielleren gegenüber subsidiär, zugrunde legt. Sobald es um die Zulassung zu einem bestimmten Beruf geht, verdrängt das spezielle Freiheitsrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG. Das Verhältnis von Art. 12 GG zu Art. 2 GG wird dadurch bestimmt, daß Art. 2 GG ein eigenständiges Grundrecht normiert. Für das Gebiet des Berufsrechts ist Art. 12 Abs. 1 GG somit *lex specialis* zu Art. 2 Abs. 1 GG². Das in erster Linie persönlichkeitsbezogene Grundrecht der Berufsfreiheit "konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist in hohem Maße zukunftsgerichtet³.

1 BVerfGE 1, 303 (305); 2, 172 (179);
Bachof, Freiheit des Berufs, S. 169 f.

2 BVerfGE 9, 73 ff. (77);
Bachof, Freiheit des Berufs, S. 167

3 BVerfGE 30, 292 ff. (334)

1. Teil: Das Monopol

1. Abschnitt: Qualifizierung der Erscheinungsformen des Monopols

I. Originär (genuin) staatliche Monopole

Es gibt Tätigkeiten, die überhaupt nicht als Gegenstand der freien Initiative des einzelnen gedacht werden können, sondern den Gemeinwesen vorbehalten bleiben müssen¹. Funktionen wie etwa die Polizeigewalt, die Justiz, die Armee oder die Abgabenhöhe sind nach allgemeiner Auffassung dem Staat eigentümlich. Diese Befugnisse können nicht als "Monopole" i.S.d. vorliegenden Arbeit bezeichnet werden. Von einem "Monopol" kann nur dann die Rede sein, wenn auch andere, "Private", diese Tätigkeiten ausüben könnten. Die Ausschließlichkeitsbefugnis des Staates bei den hier genannten Funktionen ergibt sich jedoch daraus, daß diese Tätigkeiten schon ihrer Natur nach "staatlich" sind, so daß sie von der Verwaltung nicht kraft einer Monopolisierung, sondern als aus dem Wesen des Staates selbst entspringend ausgeübt werden². Sie konstruieren sogar den modernen Staat³.

II. Von der staatlichen Gemeinschaft ausgeübte Monopole

Während der Einfluß des Staates auf die Kunst, die Wissenschaft und die eigentliche Erziehung durch den Rahmen der Art. 5 Abs. 3

1 Schick, Gemeindemonopole und Grundgesetz, S. 932

2 Badura, a.a.O., S. 92 ff.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 689; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 342; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 80

3 Siehe Menger, Moderner Staat und Rechtsprechung, 1968

und Art. 6 Abs. 2 GG abgesteckt wird, besitzt der Staat einen wesentlichen höheren Einfluß im Schulwesen. Obgleich der Staat durch den Vorrang der öffentlichen Schule seiner Bedeutung als Kulturstaat in erheblichem Maße Ausdruck verleiht und die allgemeine staatliche Schulaufsicht innehat, Art. 7 Abs. 1 GG, verhindert die in Art. 7 Abs. 4 garantierte Privatschulfreiheit jedoch ausdrücklich die Schaffung eines Monopols in Form alleiniger staatlicher Schulen. Unter den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 und 5 ist also auch der Betrieb privater Schulen gewährleistet. Das staatliche "Schulmonopol" beinhaltet demnach die gestaltende, verwaltende und steuernde Ordnungstätigkeit sowie die kontrollierende Rechtsaufsicht des Staates¹ gegenüber den staatlichen und privaten Schulen zur Verwirklichung der Volksbildung.

Eine besondere Stellung innerhalb des Ausbildungswesens haben die Universitäten inne. Die Rechtsgestalt der deutschen Universität ist dadurch gekennzeichnet, daß sie "wesensnotwendig eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein muß"². Als solche nimmt sie typische Staatsaufgaben wahr und ist schon aus ihrer Tradition heraus eine Bildungseinrichtung der Gesellschaft, die mit der Schule nicht vergleichbar ist.

1 vgl. Hamann/Lenz, Art. 7 Anm. B 2

2 Badura, a.a.O., S. 174 unter Hinweis auf Köttgen, Grundrecht der deutschen Universität

Dadurch, daß die Universität schon von jeher durch hoheitlichen Akt errichtet wird¹, gehört sie ebenfalls zu den genuin-staatlichen Aufgaben.

III. Verwaltungsmonopole

Die geltende Rechtsordnung kennt eine Anzahl von Monopolen, die zusammengefaßt als Verwaltungsmonopole qualifiziert werden können. Die wichtigsten sollen im folgenden exemplarisch aufgezählt und ihr Wesen anhand der allen Verwaltungsmonopolen gemeinen Regelsmerkmale charakterisiert werden.

1. Erscheinungsformen

Verwaltungsmonopole lassen sich nach ihrer Erscheinungsform in staatliche, d.h. Bund bzw. Ländern zuzuordnende und gemeindliche Verwaltungsmonopole unterteilen.

Zu den staatlichen Verwaltungsmonopolen gehören insbesondere

- Post, Fernmeldewesen
- Bundesbahn
- Arbeitsvermittlungsmonopol
- Feuerversicherungsmonopol
- Rundfunk, Fernsehen.

Gemeindliche Verwaltungsmonopole sind

- Strom-, Wasser-, Gas-, Fernwärmeversorgung
- Müllabfuhr
- Straßenreinigung
- Leichenbestattung
- Schlachthöfe.

Diese Verwaltungsmonopole basieren auf den entsprechenden Ermächtigungen der Gemeinde-

1 zur geschichtlichen Entwicklung der deutschen Universität: Badura, a.a.O., S. 171 ff.

ordnungen (z.B. § 19 GO NW), die, der grundlegenden Vorschrift des § 18 DGO folgend, einen "Anschluß- und Benutzungszwang" für der Volksgesundheit dienende Einrichtungen der Gemeinde anordnen. Der Benutzungszwang stellt sich als einziges gemeindliches Monopol dar.¹

2. Arten von Verwaltungsmonopolen

Das Verwaltungsmonopol ist eine bestimmte Technik zur Verwirklichung von Verwaltungszwecken. Als Verwaltungszwecke kommen hauptsächlich die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung, die Sozialgestaltung in Form der Lenkung oder Steuerung und die Daseinsvorsorge in Betracht. Je nachdem, welcher Verwaltungszwecke gerade in den Vordergrund tritt, lassen sich zur Systematisierung der Verwaltungsmonopole drei Gruppen bilden: die Polizeimonopole, die Lenkungsmonopole und die Leistungsmonopole².

a) Polizeimonopole³

Die Polizeimonopole sollen gewährleisten, daß die mit bestimmten Tätigkeiten verbundenen Gefahren nicht die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden. Dabei konzentriert sich die Gefahrenabwehr auf bestimmte typisch gefährliche Vorgänge und Stoffe wie Feuer, Verkehr, Arzneimittel und auf bestimmte besonders gefährdete Güter wie die Gesundheit und die Verkehrssicherheit. So haben etwa die Monopole gemeindlicher Kanalisations- und Müllabfuhrreinrichtungen und das Apothekenmonopol einen gesundheitspolizeilichen, die Kehrbezirke der Bezirksschornstein-

1 vgl. dazu im einzelnen S. 74 ff.

2 Badura, a.a.O., S. 108 ff.

3 ebenda S. 111-129

feuermeister einen feuerpolizeilichen Zweck¹.

b) Lenkungsmonopole²

Die Lenkungsmonopole, deren Ausschließlichkeitsbefugnisse unmittelbar zu dem Zweck begründet werden, eine Produktions- oder Marktsteuerungsfunktion auszuüben, bestehen vor allem mit dem Ziel der Wirtschaftslenkung, aber auch zur Verwirklichung der staatlichen Sozialgestaltungsfunktion im publizistischen Bereich und zur größtmöglichen Gewährleistung der Meinungsbildung im Bereich staatlicher Kulturverwaltung. Lenkungsmonopole sind insbesondere das Arbeitsvermittlungsmonopol des Bundes und das Rundfunkmonopol der Länder.

c) Leistungsmonopole³

Leistungsmonopole sollen eine gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung im Spektrum der Daseinsvorsorge (Leistungsverwaltung) sicherstellen; vor allem zählen hierzu das Post- und das Eisenbahnmonopol.

3. Wesen des Verwaltungsmonopols

Das Verwaltungsmonopol ist zur notwendigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben errichtet. Es dient einem öffentlichen Verwaltungszweck. Alleiniger Sinn ist die unmittelbare Verbesserung staatlicher Aufgabenerfüllung gegenüber der Gesellschaft. Unter den Begriff des Verwaltungsmonopols fallen nur solche Befugnisse, die nicht schon begrifflich Staatsfunktionen sind.⁴

1 Badura, a.a.O., S. 109

2 ebenda S. 129-183

3 ebenda S. 183-217

4 vgl. S. 10 ff.

IV. Finanzmonopole

1. Erscheinungsformen

In der Bundesrepublik bestehen Finanzmonopole für Branntwein und Zündwaren.

a) Branntweinmonopol

Das Branntweinmonopol, das auf das BranntweinmonopolG vom 8.4.1922 zurückgeht, beinhaltet folgende Einzelmonopole¹:

- Herstellungsmonopol
- Übernahmemonopol
- Einfuhrmonopol
- Reinigungsmonopol
- Verwertungsmonopol
- Handelsmonopol.

b) Zündwarenmonopol

Dem Branntweinmonopol ähnliche Monopol- und Regelungsbefugnisse bilden den Kern des Zündwarenmonopols (ZündwarenmonopolG vom 29.1.1930)². Wie beim Branntweinmonopol ermöglicht ein Zwischenhandelsmonopol eine umfassende Ordnung der Herstellung und Verteilung des betroffenen Verbrauchsgutes.

2. Wesen des Finanzmonopols

Das Wesen wird deutlich in Abgrenzung zum Verwaltungsmonopol.

Zunächst beinhaltet das Finanzmonopol die Berechtigung zur ausschließlichen Beschaffung, Herstellung und Vertrieb bestimmter Erzeugnisse, mit der Tendenz, über den

1 § 1 BranntwMonG; vgl. hierzu BVerfGE 12, 105 f.; v.Jacobs, Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, S. 204 ff.; E.R. Huber, a.a.O., S. 512 ff.

2 vgl. im einzelnen Badura, a.a.O., S. 236 ff.

Rahmen normaler wirtschaftlicher Betätigungen hinausgehende Gewinne zu erzielen. Finanzmonopolen wie Verwaltungsmonopolen ist damit gemeinsam, daß eine bestimmte Tätigkeit nur dem Staat erlaubt ist. Das Unterscheidungsmerkmal liegt in der Tendenz, mit der die Tätigkeit betrieben wird.

Bei den Finanzmonopolen geht es nicht um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, sondern um Gewinnerzielung, wenngleich in den Finanzmonopolen auch ein Mittel der Wirtschaftslenkung gesehen werden muß. Dem Staat werden nämlich Einflüsse auf die wirtschaftliche Entwicklung in der Branntwein- und Zündwarenproduktion erschlossen. Insbesondere sind dem Bundesmonopolamt Möglichkeiten eingeräumt, die Preisspanne zu differenzieren und damit zugleich die Produktion in dem jeweils volkswirtschaftlich erwünschten Sinne zu lenken¹. Somit läßt sich das jeweilige Finanzmonopol als in der Steuer vergleichbares Mittel zur Lenkung eines bestimmten Wirtschaftszweiges mit dem zugleich eintretenden Effekt der Gewinnerzielung begreifen.

Nur über diese Sichtweise lassen sich Finanzmonopole noch mit der Verfassung (Sprich: Übermaßverbot) vereinbaren. Der Finanzzweck könnte nämlich ebenso gut durch Verbrauchssteuern erreicht werden. Der wirtschaftslenkende Charakter indes kann über eine Verbrauchssteuer nicht zu gleichem Maße wie bei einer Monopolisierung der Handelsstufe eines Finanzmonopols erreicht werden.

¹ vgl. dazu Näheres bei E.R. Huber, a.a.O., S. 515

V. Staatlich begründete Privatmonopole

Es gibt Monopole Privater, die auf staatshoheitlichen Maßnahmen beruhen. Sie werden durch objektivrechtliche Bevorzugungen bestimmter Berufstätiger unter Ausschluß von Konkurrenten begründet¹.

Solche Regelungen sind enthalten in:

- § 2 Schornsteinfegergesetz für das Kehrmopol der Schornsteinfeger
- § 10 Hebammengesetz
- Apothekengesetz der Länder
- Kassenärztliche Zulassungsbestimmungen.

2. Abschnitt: Das Monopol im Rechtssinn

I. Überblick über die gängigen Definitionen

Die juristische Qualifizierung des Begriffs Monopol hat seinen Ursprung in der Übernahme des Regelbegriffs der Finanzwissenschaften. Die Begriffe "Regal" und "Monopol" wurden in der Kameralistik gleichgesetzt und in der Theorie des 19. Jahrhunderts noch weitgehend vermischt, indem man "grundherrschaftliche Regalien" wie Wasser-, Berg-, Salz- und Jagdregal einerseits und "regale Gewerbe" und "Staatsmonopolien" andererseits quasi einem gemeinsamen Oberbegriff zuordnete. Bluntschli² unterschied innerhalb der letzten Gruppe "solche, welche lediglich aus finanziellen Gründen der Privatindustrie untersagt und von dem Staate allein um des Gewinnes willen betrieben werden" und "solche, welche ihrer Natur und Bestimmung nach eine Betreibung im öffentlichen Inter-

1 Bachof, a.a.O., S. 205

2 Bluntschli, Allg. Staatsrecht, S. 517

esse erfordern".

Von diesen Kategorien ausgehend unterschied Otto Mayer¹ zwischen Regal und Monopol:

Von einem Monopol sprach er nur dann, wenn ein Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Hand deshalb geschaffen war, um ihr den wirtschaftlichen Nutzen einer bestimmten, an sich privatwirtschaftlichen Tätigkeit allein zu sichern. So erschien Otto Mayer das Monopol als eine zusätzliche Form des "Finanzbefehls" neben der Festsetzung der Steuerpflicht. Die gleiche Terminologie benutzt Jellinek², der als wesentliches Begriffsmerkmal des Monopols ebenfalls den fiskalischen Zweck ansieht, "da man sonst das Monopol von den im öffentlichen Interesse eingeführten, von früher her so benannten Regal, z.B. dem Postregal, Münzregal, nicht unterscheiden kann". Fleiner hat den Begriff Otto Mayers ebenfalls übernommen, definiert jedoch als "Monopol" oder "Regal" diejenigen "Tätigkeiten, die Staat und Gemeinden unter Ausschließung jeder privaten Konkurrenz ausüben"³.

E.R. Huber benutzt die Worte "Regal" und "öffentlich-rechtliches Monopol" nebeneinander. Danach soll "das Regal eine im öffentlichen Recht begründete Befugnis eines verwaltungseigenen oder eines beliebigen Unternehmers, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich auszuüben", sein⁴. Nach der Begriffsbestimmung E.R. Hubers

1 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, § 49 II und § 51 II 3

2 Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, unveränderter Neudruck 1948 u. 1966, § 17

3 Fleiner, a.a.O., § 20 I

4 E.R. Huber, a.a.O., S. 480

handelt es sich bei den Monopolen bzw. den Regalien also "um die Ausübung eines Rechts zur ausschließlichen Wirtschaftstätigkeit auf einem bestimmten Gebiet" im Gegensatz zur "Ausübung einer ihrer Rechtsnatur nach nicht - ausschließlichen Wirtschaftsbefugnis". Letztere sieht er als Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Privilegs oder einer echten Konzession an¹. Bachof² stellt, ebenso wie Maunz³ den Finanzmonopolen die Verwaltungsmonopole gegenüber, zu denen er die Ausübung aller ihrem Wesen nach hoheitsrechtlichen Befugnisse, die Reste der Regalien sowie die sogen. Wirtschaftsmonopole⁴ zählt. Diesen Monopolen der öffentlichen Hand stellt Bachof die "staatlich begründeten Privatmonopole", wie das Kehrmonopole der Schornsteinfeger, das Hebammenmonopol und das Apothekenmonopol gegenüber⁵.

II. Begriffliche Erfassung des Wesens des Monopols

Eine genaue begriffliche Charakterisierung des Rechtsinstituts "Monopol" ist in Literatur und Rechtsprechung in neuerer Zeit kaum versucht worden. Die Entscheidungen des BVerfG zum Arbeitsvermittlungsmonopol⁶ und zum landesrechtlichen Gebäudeversicherungsmonopol⁷ verzichten auf eine eigene Begriffsbestimmung. Der BGH nimmt in einer Entschei-

1 E.R. Huber, a.a.O., S. 480

2 Bachof, a.a.O., S. 201

3 in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 105
Anm. 11

4 zurückgehend auf Wacke, Finanzwesen,
Beiheft DRZ 1950, S. 19

5 Bachof, a.a.O., S. 205

6 BVerfGE 21, 245 ff.

7 NJW 76, 667 ff.

dung, ob das Fährregal des Landes Nordrhein-Westfalen am Niederrhein mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, nur kurz Stellung. Nach der Feststellung, das Fährregal begründe ein Monopol des Staates, führt das Gericht aus, "auf Grund dieses Monopols könnte der Staat unter Ausschließung jeder privaten Konkurrenz eine Tätigkeit ausüben, die ohne das Monopol der privatwirtschaftlichen Betätigung des einzelnen offenstünde". Weiter heißt es: "Die Monopolisierung ... sperrt den betroffenen Beruf völlig für eine selbständige Betätigung und läßt dem einzelnen nur die Möglichkeit, die betreffende Tätigkeit in abhängiger Stellung als Angestellter oder Arbeitnehmer des Staates auszuüben".

Emmerich² bezieht sich auf die Definition Baduras³, und auch Zweigert/Reichert-Facilides⁴ und Bettermann⁵ setzen in ihren Abhandlungen die begriffliche Erfassung des Wesens des Monopols voraus.

Ausführlich hat sich Badura mit dem Begriff des Monopols, insbesondere des Verwaltungsmonopols, auseinandergesetzt⁶. Ebenso hat Schick⁷ maßgebliche Kriterien zur Begriffs-

1 DVBL 73, 214 (216)

2 Emmerich, a.a.O., S. 115

3 Badura, a.a.O., S. 86-95

4 Verfassungsfragen der Gebäudepflicht- und Monopolversicherung, ZVersWiss. 1971, S.1 ff.

5 Die Verfassungsmäßigkeit von Versicherungszwang und Versicherungsmonopolen öffentlich-rechtlicher Anstalten insbesondere bei der Gebäudefeuerversicherung, WIR 1973, S. 184 ff.; 241 ff.

6 s. S. 2, Fußn. 1

7 DÖV 62, 931

bestimmung herausgearbeitet.

Die Monopolisierung stellt sich demnach als
zweiaktiger Vorgang dar und enthält

1. das Verbot der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit an Private - Unterlassungsbefehl
2. Beanspruchung dieser Tätigkeit durch den Staat selbst in Form der Erklärung, nunmehr die als Beruf denkbare Tätigkeit selbst ausüben zu wollen - Duldungsbefehl.

Mit diesem zweiaktigen Vorgang verstaatlicht damit der Staat einen Beruf, indem er diesen fortan

- durch seine Beamten (d.h. mit eigenen Behörden) oder
- durch beliehene (d.h. unter Verzicht auf eigene Behörden)

als staatliche Aufgabe wahrnehmen läßt.

Das zuerst genannte Verbot stellt dabei praktisch eine objektive Zulassungsschranke

- und zwar die stärkste denkbare Form einer solchen - dar; denn niemand kann mehr zum Beruf - in selbständiger und privater Form - zugelassen werden und zwar infolge eines Umstandes, der außerhalb der Person des Berufsbewerbers liegt.

Bei diesen Staatsmonopolen steht die Erfüllung spezifischer Staatsaufgaben im Vordergrund. Alleiniger Sinn und Zweck ist die unmittelbare Verbesserung staatlicher Aufgabenerfüllung gegenüber der Gesellschaft. Die Finanzmonopole erfüllen zwar für sich gesehen keinen solchen "Verwaltungszweck", dienen der staatlichen Aufgabenerfüllung aber mittelbar durch die bei ihnen anfallenden finanziellen Gewinne. Gegenstand des Monopols

ist deshalb nicht nur eine Tätigkeit im wirtschaftlichen Bereich¹, die, wäre sie nicht monopolisiert, der freien unternehmerischen Initiative des einzelnen zur Ausübung als Beruf offenstünde. Das Monopol erfaßt auch andere, vor allem kulturelle Tätigkeiten. Durch die Monopolisierung als Ausschließlichkeitsrecht, das dem Staat oder einem Träger mittelbarer Staatsverwaltung zusteht, wird der Bezug zu dem öffentlichen Dienst hergestellt. Die Monopolisierung einzelner Berufe durch den Staat oder die Gemeinden bewirkt, daß die jeweilige Tätigkeit durch den Privaten nur noch ausgeübt werden kann, indem er sich als Beamter (Richter, Soldat), Angestellter oder Arbeiter des öffentlichen Dienstes bzw. als Beliehener² in den Organisationsbereich des Staates begibt. Die Wahrnehmung des jeweils in Betracht kommenden Berufs ist dann nicht mehr private Berufstätigkeit, sondern staatliches Handeln in Gestalt der Ausübung nunmehr staatlicher Aufgaben.

Als Monopol im Rechtssinn kann nur die einem Verwaltungsträger oder einem beliebigen Dritten zustehende Ausschließlichkeitsposition angesehen werden, die auf einem Rechtsakt beruht³; faktische "Monopole" werden von diesem Begriff nicht umfaßt, denn sie beruhen nicht auf dem oben definierten Rechtsakt, sondern sind Ausfluß eines tatsächlichen Handelns.

1 wie Otto Mayer, a.a.O., § 49 II; Huber, a.a.O., § 43 II 1 b; Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19 V 2 annehmen

2 dessen Stellung einem im öffentlichen Dienst Tätigen in mancher Hinsicht nahe kommt

3 Fleiner, a.a.O., § 20 I; Bachof, a.a.O., S. 206; E.R. Huber, a.a.O., § 43 II 1 b; Badura, a.a.O., S. 87; Schick, a.a.O., S. 932

2. Teil: Die Monopole und Art. 12 I GG

1. Abschnitt: Art. 12 I GG als Maßstabsnorm

Primär greift die Monopolisierung bestimmter Berufszweige in die Berufsfreiheit derjenigen ein, denen die Betätigung in diesen Berufssparten verwehrt wird. Damit ist Art. 12 I GG angesprochen. Die Frage, was Art. 12 I GG zum Problem der staatlichen Monopole und damit der verstaatlichten Berufe aussagt und wie er auf dieses Problem anzuwenden ist, ist nicht nur in den Einzelheiten, sondern schon im Prinzip umstritten.

I. Darstellung der Meinungen

1. Grundsätzliche Ablehnung von Art. 12 I GG als Maßstabsnorm

a) Lehre von der Kompetenz-Kompetenz

Diese Auffassung greift weit über die verfassungsrechtliche Fragestellung hinaus in den Argumentationsbereich der Staatstheorie hinein.

In diesem Bereich geht die neuere Staatslehre davon aus, der Staat habe in der von der Gesellschaft an ihn gerichteten Erwartung, daß er alle der Gesellschaft drohenden Gefahren auf kürzestem Wege bekämpft, das Recht, in allen denkbaren Bereichen im Rahmen dieser Schutzfunktion gegenüber der Gesellschaft regelnd und handelnd tätig zu werden.

Die Notwendigkeit der Erfüllung dieser Schutzerwartung seitens der Gesellschaft schließt dann die Möglichkeit aus, den Staat auf bestimmte Zwecke festzulegen bzw. ihn

von der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben auszuschließen.

Der Staat ist vielmehr zu verstehen als diejenige Institution, die sich nach den Erfordernissen der jeweiligen Lage jeden Zweck selbst setzen darf¹.

Die Vertreter dieser Ansicht gehen also davon aus, daß es verfehlt sei, die Übernahme bestimmter Bereiche aus dem ökonomischen oder gesellschaftlichen Sektor in staatliche Regie genauso zu beurteilen, wie etwa die Zulassung privater Berufsbewerber zu einem der privaten Initiative offenstehenden Wirtschaftsbereich.

Vielmehr gehöre es zu den selbstverständlichen Rechten des modernen Staates, auf Grund seiner inneren Souveränität nach eigenem politischen Ermessen die Bereiche festzulegen, die er in eigener Regie übernehmen und mit staatlichen Organisationsmitteln pflegen will.

Diese Lehre Krügers von der Staatsgewalt als einer "Blankovollmacht für alle Fälle" hat sich Herzog² zu eigen gemacht.

Somit ist nach dieser Lehre von der Kompetenz-Kompetenz des Staates gegenüber der Gesellschaft der Gesetzgeber befugt, in eigener politischer Verantwortung und nach eigenem politischen Ermessen ohne den Nachweis einer aktuellen Gefährdung für bestimmte überragende Gemeinschaftsgüter gesellschaftlich-ökonomisch orientierte Ziele zu konzipieren und die betroffenen Bereiche von Wirtschaft bzw. Gesellschaft in dem Umfange, in dem es die freigesetzten Ziele verlangen, zu verstaatlichen. Diese dem

1 Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 760

2 Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 148

Staat zustehende Befugnis, über seine Tätigkeitsbereiche selbst zu entscheiden, soll nicht qualitativ, sondern "höchstens quantitativ (vor allem Übermaßverbot!)" eingeschränkt werden¹.

Ebenso wie Krüger und Herzog vertritt Maunz² die Ansicht, Staatsmonopole seien nicht nur dann zulässig, wenn überragende Gesichtspunkte des Gemeinwohls die Aufrichtung einer objektiven Zulassungsvoraussetzung zum Beruf rechtfertige, sondern bereits dann, wenn der Staat seine Tätigkeit auf diesen Bereich erstrecken wolle. Die Zuständigkeit des Staates, über den Umfang und das Ausmaß seiner eigenen Tätigkeit zu entscheiden, können nicht durch Art. 12 eingeschränkt werden.

Ähnlich wie Herzog argumentiert Rings dahingehend, daß es dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müsse, Verwaltungsmonopole errichten zu können, wann und wo es das Interesse der Allgemeinheit erfordere, und somit die Anwendbarkeit des Art. 12 I GG auf die Verwaltungsmonopole gar nicht denkbar sei³. Die Befugnis des Gesetzgebers finde allein an Art. 20 Abs. 1 GG ihre Grenzen, der den Gesetzgeber u.a. zu einer sozialen Gesetzgebung verpflichte.

1 Herzog, Evgl. Staatslexikon, Spalte 159

2 in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 12 GG Anm. 97

3 Rings, Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, NJW 57, 657/58

b) Das Sozialstaatsprinzip als Freistellung
von der Bindung an Art. 12 I GG

Einen anderen Weg, Staatsmonopole von der Bindung an Art. 12 I GG freizustellen, beschreitet Thieme¹.

Thieme wählt zwar zunächst den richtigen Ansatz, die Grenzen des von Art. 12 I GG erfaßten Raumes in Spezialvorschriften des Grundgesetzes zu suchen, findet diese aber schließlich in den allgemeinen Wertnormen des Grundgesetzes. Nach Ansicht Thiemes ist dem Staat die Möglichkeit einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit durch die Sozialstaatlichkeit eröffnet. Die Sozialklausel sei "jene Vorschrift, die allgemein und ohne Beschränkung auf bestimmte Lebensbereiche die Errichtung von Verwaltungsmonopolen erlaubt"².

Des gleichen hatte bereits Über die Zulässigkeit von Monopolen unter Berufung auf das Sozialstaatsprinzip, wie es in Art. 20 und 28 GG zum Ausdruck kommt, gerechtfertigt³.

2. Relativierung von Art. 12 I GG

a) Lehre vom vorrechtlichen Gesamtbild
Demgegenüber sieht Bachof die Schranke für bestehende und die Begründung neuer öffentlicher Monopole in der "verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für eine freie Berufsordnung als ganzes, also nicht im Grundrechtsgehalt des Art. 12 I, sondern in

1 Thieme, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280 (283 f.)

2 ebenda S. 284

3 Über, Freiheit des Berufs, S. 155 f.

dessen Eigenschaft als Grundsatznorm und in seinem Gehalt als Bestandsgarantie"¹.

Da eine systematische Gesamtbetrachtung und Zusammenschau des Grundgesetzes zeigen, daß Art. 12 I die Garantie einer freiheitlich-sozialen Berufsordnung darstelle, müsse die Zulässigkeit von Monopolisierungen dort eine Grenze finden, wo möglicherweise durch eine Häufung von Verstaatlichungen oder Monopolen oder durch umfassende Monopolisierung ganzer Wirtschaftszweige diese Garantie in ihrem Wesensgehalt angetastet werde².

Im übrigen begründet Bachof die Zulässigkeit bestehender oder neu zu gründender Monopole damit, "daß Verwaltungsmonopole aller Art seit jeher ein fester Bestandteil der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung sind und als solche zu dem vom Grundgesetz vorausgesetzten vorrechtlichen Gesamtbild gehören"³.

b) Art. 33 GG als Spezialregelung gegenüber Art. 12 I GG

aa. Recht pauschal hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner älteren Rechtsprechung zu Art. 12 I GG erklärt, das Grundrecht der freien Berufswahl gelte seinem

1 Bachof, a.a.O., S. 203

2 ebenda, S. 165 f.

3 ebenda, S. 202 unter Berufung auf die Lehre Nawiaskys, wonach dem Gesetzgeber bei Schaffung eines Gesetzes (in diesem Fall des Grundgesetzes) ein Gesamtbild der zu schaffenden Ordnung vorschwebt, er sein Interesse hingegen nicht auf die Einzelvorschrift konzentriert: Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 137 ff.

Wesen nach nicht für solche Berufe, "die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen Hand vorbehalten" seien¹. In diesen Entscheidungen dachte das Gericht wohl in erster Linie - wie es in der Entscheidung E 6, 14 zum Ausdruck kommt - an Art. 33 GG, der Beurteilungsmaßstab für Bewerber sein soll, die einen mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben befaßten Beruf ergreifen wollen.

bb. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht² die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Grundsatz verworfen, denn Art. 12 Abs. 1 GG schütze "auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staate, vorbehalten bleiben müssen". Jedoch ist dem Apothekenurteil und der dort entwickelten Stufentheorie nicht zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die "Verstaatlichung" von Berufen zulässig sein soll. Nach dem Apothekenurteil muß man nämlich davon ausgehen, daß die sog. 3-Stufen-Theorie nur für jene Berufe gelten soll, die nicht verstaatlicht sind, die also dem privaten Bereich zuzuordnen sind.³ Das BVerfG³ führt zur Stellung des Art. 33 GG bei staatlich gebundenen Berufen aus: "Je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den öffentlichen Dienst herangeführt wird, umso

1 BVerwGE 2,86; 2,92; 3,23; 4,254; 6,14; 6,74

2 in der grundsätzlichen Entscheidung E 7,377 (397 f.) (Apothekenurteil)

3 BVerfG, a.a.O., S. 398

stärker können Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG die Wirkung des Grundrechtes aus Art. 12 I GG tatsächlich zurückdrängen".

Daraus kann nur gefolgert werden, daß es dem Gesetzgeber freisteht, durch Festlegung von Bindungen und Auflagen zu bestimmen, wie weit jeweils Art. 12 I GG durch Art. 33 GG verdrängt werden kann. Er kann somit einen Beruf durch Ermessensentscheidung an den öffentlichen Dienst heranführen bzw. überführen und daraus unter Bezug auf Art. 33 GG einen Grund für die Statuierung einer objektiven Zulassungsschranke schaffen. Davon abgesehen, findet sich der oben zitierte Satz auf den ersten Seiten der Ausführungen zur Begründetheit, in der über einen staatlich gebundenen und nicht über einen verstaatlichten Beruf zu befinden war; erst später entwickelte das BVerfG seine Stufentheorie für eindeutig nicht verstaatlichte Berufe.

Auch nachfolgende Entscheidungen¹ des BVerfG tendieren noch in die eben skizzierte Richtung und kommen in der Sache zu Ergebnissen, die von denen des Bundesverwaltungsgerichts² kaum abweichen. Man kann sich sogar fragen, ob der Notariatsbeschluß des BVerfG (E 17,371 ff.) - wohl ungewollt - nicht sogar auf die Lehre von der Kompetenz-Kompetenz hindeutet.

1 BVerfGE 16,6 (22); 17,371 (377 f.)

2 das die frühere Rechtsprechung wohl später aufgegeben hat, vgl. BVerwGE 9,336; BVerwG DÖV 70,823

cc. Zweigert/Reichert-Facilides wollen - angeblich in Anlehnung an die bereits zitierten Entscheidungen des BVerfG - unterscheiden, ob die monopolisierte Tätigkeit eine nur wirtschaftliche sei oder zugleich auch eine öffentliche Aufgabe darstelle¹. Sei letzteres der Fall, so gelte nicht das Primat privater Betätigungsfreiheit, vielmehr habe der Staat in diesem Bereich grundsätzlich einen Ermessensspielraum, über die Art und Weise der Erledigung solcher Funktionen selbst zu entscheiden. Nach dieser Ansicht kommt es nun entscheidend darauf an, welche materiellen Kriterien dem Begriff "öffentliche Aufgabe" im verfassungsrechtlichen Verständnis zugrunde liegen. Dabei gelangen Zweigert/Reichert-Facilides zu folgendem Ergebnis: Zum einen sei das relative Gewicht der nach Regelung strebenden Gemeinwohlbelange im Verhältnis zu den konkurrierenden Individualinteressen von Bedeutung, zum anderen das im konkreten Fall von der Sache her gegebene Bedürfnis, sich zur Erreichung des angestrebten Gemeinwohlzieles gerade einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zu bedienen; schließlich käme hinzu, ob die historische Überlieferung etwas für das Anerkennen einer "öffentlichen Aufgabe" hergebe. Beim Vorliegen dieser drei für die Bestimmung der öffentlichen Aufgabe erheblichen Faktoren soll nicht die 3-Stufen-Theorie zur Anwendung kommen, die eine Monopolisierung nur zuläßt, wenn das fragliche Monopol zur Abwehr nachweisbarer oder

1 Zweigert/Reichert-Facilides, a.a.O., S. 17 f.

höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut unentbehrlich ist, sondern es sollen dann die Grundsätze gelten, die das BVerfG zum Verhältnis Art. 12 I GG und Art. 33 GG entwickelt hat¹.

c) Lehre von der Rechtfertigung

(Suspendierung des an sich geltenden Art. 12 I GG) durch andere grundrechtliche Kompetenztitel

Dieser Auffassung zufolge sollen kompetenzrechtliche Vorschriften des Grundgesetzes zugleich eine grundrechtsbegrenzende Wirkung haben. Die Lehre gründet sich auf die Voraussetzung, daß Kompetenzregelungen über die formelle Zuständigkeitsregelung hinaus eine materiellrechtliche Normierung treffen. Das ist nicht unstreitig.

Nach Ansicht Stödters ist "mit der Feststellung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen noch nichts darüber gesagt, ob und wann Aufrechterhaltung und Schaffung von Monopolen zulässig ist. Wenn etwa das Recht der Enteignung dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Ziff. 12 GG) zugewiesen sei, so habe diese Zuweisung keine materielle Bedeutung. Ob und inwieweit Enteignungen zulässig seien, folge ausschließlich aus der materiellen Regelung des Art. 14 GG"².

Demgegenüber geht die h.M. von der grundrechtsbegrenzenden Wirkung von Kompetenz-

1 Zweigert/Reichert-Facilides, a.a.O., S. 31/32

2 Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, S. 53 ff.; ebenso Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 25

normen aus¹. Derartige Kompetenznormen würden sinnentleert, wollte man aus ihnen nichts hinsichtlich der Aufrechterhaltung von der Verfassung vorgefundener Monopole (etwa Finanzmonopole) folgern. Mit Recht weist Scheuner darauf hin, daß im Grundgesetz allgemein der Satz von der Vertauschbarkeit formeller Kompetenzbestimmungen und inhaltlicher Anordnungen gilt². Demnach kann davon ausgegangen werden, daß Kompetenzregelungen auch materielle Regelungen beinhalten können und insoweit auf Monopole bezogene Kompetenzvorschriften auch grundrechtsbegrenzende Wirkung haben können.

Es ist Stödter und Hamann sicherlich beizupflichten, daß die Zulässigkeit von Staatsmonopolen nicht grundsätzlich von ihrer Erwähnung im Rahmen einer grundgesetzlichen Kompetenznorm abhängen kann. Vielmehr ist die Kompetenznorm im einzelnen daraufhin zu untersuchen, ob das Grundgesetz das betreffende Monopol ausdrücklich gebilligt hat. Somit erledigt sich auch der Einwand von Hamann, aus der bloßen Zuständigkeitsabgrenzung durch Art. 74 Nr. 11 GG könne z.B. nicht auch eine umfassende Ermächtigung des Gesetzgebers zur Wirtschaftslenkung geschlossen werden³. Dies ist sicherlich richtig; auf der anderen Seite wird sich jedoch zeigen⁴, daß gerade Art. 74 Nr. 11 GG auch

1 BVerfGE 14,105 (111); Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11, S. 23, Fußn. 55 u. S. 33, Fußn. 90; v. Mangoldt/Klein, II S. 1338 ff.

2 Scheuner, a.a.O., S. 33, Fußn. 90

3 Hamann, a.a.O., S. 25

4 wird an anderer Stelle beim Feuerversicherungsmonopol ausgeführt

materiellrechtliche Wirkung entfalten kann¹.

Nach der Lehre von der Rechtfertigung durch Kompetenztitel ist somit Art. 12 I GG, der an sich gilt, suspendiert, wenn sich im Grundgesetz eine ausdrückliche Aussage über das jeweilige Monopol finden läßt, der zu entnehmen ist, daß der Grundgesetzgeber dieses Monopol zumindest aufrechterhalten wollte.

3. Absolute Geltung von Art. 12 I GG für Monopole

Jedes Monopol spricht schon begrifflich gegenüber allen privaten Interessenten ein Berufsverbot für den Monopolbereich aus. Ein vollständiges Berufsverbot für Private kann man aber nur als die stärkste überhaupt denkbare Form der objektiven Zulassungsvoraussetzungen werten. Aus diesen Überlegungen heraus ist denn auch ein großer Teil in der Literatur der Ansicht², daß Monopolregelungen allein an Art. 12 I GG zu messen seien und ihre Zulässigkeit nach den Kriterien zu beurteilen sei, die das Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil für objektive Zulassungsbeschränkungen entwickelt hat. Da-

1 Daß die Ansicht, grundgesetzliche Kompetenzregelungen könnten keine materiellrechtliche Normierung treffen, nicht haltbar ist, zeigen insbesondere die Beispiele bei Maunz-Dürig- Herzog-Scholz, Art. 73, Rdnr. 7

2 Bettermann, a.a.O., S. 210; Emmerich, a.a.O., S. 115; Frentzel, Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand, S.16 g. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 106; Obermayer-Steiner, Die Monopole der öffentlichen Sachversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1969, 1459; Schick, a.a.O., S. 933

nach sind Eingriffe in die freie Berufswahl nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut¹ zulässig.

Nachdem das BVerfG noch im Notariatsbeschluß² mit den im Apothekenurteil aufgestellten Grundsätzen über das Verhältnis von Art. 12 I GG zu Art. 33 GG argumentiert hatte, beschritt es später konsequent den Weg, den es mit der 3-Stufen-Theorie aufgezeigt hatte. Zunächst führt das BVerfG im Urteil zum Arbeitsvermittlungsmonopol³ aus, der Gesetzgeber könne das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht lediglich dadurch ausschalten, daß er eine Tätigkeit, die an sich wirtschaftlicher Art sei, zur hoheitlichen Aufgabe erkläre⁴.

Weiter heißt es u.a.: "Das Vermittlungsmonopol richtet daher ein objektives Hindernis auf, den Beruf des selbständigen Arbeitsvermittlers zu wählen. Ein Eingriff in das Grundrecht der freien Berufswahl von dieser Intensität kann nur unter zwei Bedingungen Bestand haben: erstens muß das Monopol den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter bezwecken, denen der Vorrang vor der Freiheit des einzelnen, den Beruf des selbständigen Arbeitsvermittlers Anstrebenden eingeräumt werden muß; dabei müssen die Gefahren, von denen das Gemeinschaftsgut bedroht ist, schwer sowie nachweisbar oder wenigstens höchst wahrschein-

1 BVerfGE 7,408

2 BVerfGE 17,371 ff. (377 ff.)

3 BVerfGE 21,245 ff.

4 ebenda S. 248

lich sein. Zweitens muß das Monopol als Mittel zur Abwehr dieser Gefahren unentbehrlich sein"^{1,2}. Dieser Judikatur des BVerfG haben sich sowohl das BVerwG³ als auch der BGH⁴ angeschlossen. Es ist anzunehmen, daß das BVerfG infolge dieser Entwicklung auch in Zukunft seine Stufentheorie auf die Begründung von Staatsvorbehalten anwenden wird.

II. Auseinandersetzung und Stellungnahme zu diesen Ansichten

1. Zu den Ansichten, wonach Art. 12 I GG auf Monopole grundsätzlich keine Anwendung finden soll

a) Lehre von der Kompetenz-Kompetenz
Dieser Auffassung ist darin zu folgen, daß der Staat in verschiedenen Fällen staatliche und gesellschaftliche Funktionen an sich gezogen hat und die Bürger im allgemeinen akzeptiert haben, daß gewisse Aufgaben dem Staat vorbehalten sein müssen. Es handelt sich hier um die originär-staatlichen und die von der Gesellschaft übernommenen "Monopole", die etwa Armee- und Polizeigewalt, Justiz- und Abgabenhoheit sowie Kontrolle über das Bildungswesen, z.B. Schule und Universitäten. Diese Aufgabenbereiche sind der freien Initiative des einzelnen nicht zugänglich. Sie sind so eng mit der

1 BVerfGE 21,245 ff. (250 f.)

2 vgl. hierzu auch BVerfGE 21,261; 21,271

3 DÖV 1970, 823

4 DVBL 1973,216

Ordnungsfunktion des Staates verknüpft, daß sie nicht an Art. 12 I GG gemessen werden können.

Eine darüber hinausgehende Freistellung mit der gegebenen staatsrechtlichen Begründung oder der "Allzuständigkeit" des Staates (Maunz) bzw. der Zuständigkeit im Interesse des Gemeinwohls (Rings) für die weiteren Monopole ist jedoch nicht überzeugend.

Es ist nämlich nicht einsichtig, daß auch die übrigen - nicht genuin staatlichen - Monopole unabweisbar zur Wahrnehmung der dem Staat gegenüber der Gesellschaft obliegenden Schutzfunktion erforderlich sind. Soll denn etwa die Zulässigkeit der Bundesbahn als ein staatlicher Monopolbetrieb¹ mit der Erklärung des Staates, er wolle seine eigene Tätigkeit auf diesen Bereich erstrecken, begründet werden? Hier wird die Frage, ob eine Tätigkeit verstaatlicht, verhoheitlicht wird, zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt, der sich nur an allgemeine Rechtsstaatlichkeitsgrundsätze zu halten hat. Durch ein solches Vorgehen, nämlich "private Tätigkeiten ... in öffentliche Aufgaben umzufunktionieren", würden, wie Bettermann richtig bemerkt¹, die Grundrechte leerlaufen. Vielmehr ist es gerade Sinn der Grundrechte, die Grenzen der staatlichen Betätigung aufzuzeigen und dem Staat aufzuerlegen, die Art und Weise seiner Betätigung anhand der Grundrechte zu begründen. Dieser Art. 1 Abs. 3 GG entspringende Grundsatz werde ausgehöhlt, räume man dem Staat das Recht ein, bei einem Tätigwerden - vor allem im wirtschaft-

1 Vgl. dazu S. 68 ff.

2 Bettermann, a.a.O., S. 199

lichen Bereich - unter Ausschluß der Gesellschaft oder Privater nicht die aktuelle Gefährdung eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes beweisen zu müssen, über deren Vorliegen dann zwangsläufig die Verfassungsgerichtsbarkeit zu befinden hätte, sondern infolge der grundsätzlichen Kompeten-Kompetenz gesellschaftliche Funktionen in hoheitliche übernehmen zu können. Hier von geht auch das BVerfG aus, wenn es im Urteil zum Arbeitsvermittlungsmonopol ausführt, der Gesetzgeber könne "eine Tätigkeit, die an sich wirtschaftlicher Art" sei, nicht "zur hoheitlichen Aufgabe" erklären¹.

b) Sozialstaatsprinzip als Freistellung
von Art. 12 I GG

Aus dem Sozialstaatsprinzip des GG (Art. 20, 28) kann nur dann die Zulässigkeit von öffentlichen Monopolen gefolgert werden, wenn nachgewiesen würde, daß dieses Prinzip "eine entsprechende normative Wirkkraft entfalten kann"² und daß aus ihm die Ermächtigung gerade zur staatlichen Monopolisierung fließt.

Die h.L.³ geht heute davon aus, daß der Sozialstaatssatz des GG eine "Staatszielbestimmung" postuliert. Eine genaue Konkretisierung dieses Ziels ist der ge-

1 BVerfGE 27,248

2 Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 33

3 Ipsen, Über das Grundgesetz, S. 14; v. Mangoldt-Klein, Art. 20/VII; Thieme, Liberalismus und Grundgesetz, ZfGesStW 113, 285, 294 (9); Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte III/1, S. 1 ff. (51 ff.)

schriebenen Verfassung nicht zu entnehmen, jedoch wird man diesem Satz entnehmen können, daß dem Gesetzgeber das Recht und die Pflicht in die Hand gegeben wird, bestimmte öffentliche Aufgaben durchzusetzen, u.z. kann es sich hierbei nur um die Förderung des Gemeinwohls um einer sozialen Gerechtigkeit willen handeln¹, und nicht um eine Ermächtigung zu beliebiger staatlicher Sozialgestaltung².

Nach Art. 28 I GG ist die BRD nicht als Sozialstaat, sondern als sozialer Rechtsstaat bezeichnet. Daraus erhellt, daß der Sozialstaat nur in den Formen und den Grenzen des Rechtsstaates verwirklicht werden kann³. Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher auf das wohl immer noch umstrittene Verhältnis Sozialstaat - Rechtsstaat eingegangen werden⁴. Jedenfalls rechtfertigt das Sozialstaatsprinzip keine Eingriffe in Grundrechte, die das Grundgesetz nicht zuläßt⁵, oder speziell für das anstehende Thema relevante Grundrecht der Berufsfreiheit ausdrückt: Eine Monopolisierung würde nur dann nicht dem Schutzbereich des Art. 12 GG unterliegen, wenn sich in dieser Bestimmung ein allgemeiner Einschränkungsvorbehalt fände, der die Sozial-

1 siehe Menger, Begriff des sozialen Rechtsstaats, insbes. S. 25-28; Badura, a.a.O., S. 332

2 so aber Hamann/Lenz, S. 65; Wolff, VerwR III S. 163; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStL 12,37 ff. (S. 43)

3 so im Ergebnis auch Badura, a.a.O., S. 333

4 siehe hierzu S. 35, Fußn. 3 und s.o. Fußn. 2; Klein, Bonner GG und Rechtsstaat, ZfGesStW 106,390 ff. (398 ff.); Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVdStL 12,8 ff.

5 Bettermann, a.a.O., S. 197

staatsklausel mit umfassen würde. Im Rahmen des Art. 12 GG findet daher das Sozialstaatsprinzip nur im Wege des besonderen Gesetzesvorbehalts gem. Abs. 1 Satz 2 GG Berücksichtigung¹. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG deckt nämlich nicht nur polizeiliche, sondern auch sozialstaatliche Eingriffe und Einschränkungen. Die Gemeinschaftsgüter, zu deren Schutz Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 I GG zulässig sind, sind nicht danach zu qualifizieren, ob sie ordnungsrechtliche oder sozialstaatliche Funktionen erfüllen. Daraus folgt, daß auch die Werte und Zielvorstellungen des Sozialstaates zu den Gemeinschaftsgütern gehören, um deretwillen die Berufsfreiheit eingeschränkt werden kann. Selbst wenn man entgegen der hier dargestellten Ansicht dem Sozialstaatsprinzip eine eigenständige Grundlage für Grundrechtseingriffe bzw. Grundrechtssuspendierungen zubilligen würde, so wäre damit noch nicht die Frage beantwortet, ob zur Verwirklichung des in Frage stehenden Gemeinwohlzwecks gerade das Mittel der Monopolisierung zulässig ist. Für eine solche einschneidende Maßnahme müßte es bestimmte sich aus dem Wortlaut oder dem Wesen der Verfassung ergebende Kriterien geben. Das inhaltlich nicht genügend konkretisierte Sozialstaatsziel allein vermag keine präzisen Maßstäbe für die Begründung staatlicher Monopole zu setzen².

1 so auch Schick, a.a.O., S. 933; Obermayer/Steiner, a.a.O., S. 1459

2 Zweigert/Reichert-Facilides, a.a.O., S. 24

2. Relativierung des Art. 12 I GG

a) Lehre vom vorrechtlichen Gesamtbild
Diese Lehre, die sich auf den vorkonstitutionellen Rechtszustand gründet, will unter Berufung auf die Tradition Monopole von der Bindung an Art. 12 I GG freistellen. Hiergegen bestehen erhebliche Bedenken. Dem Gesetzgeber schwebte bei Schaffung des GG keinesfalls vor, daß sämtliche bestehende Monopole, mögen sie auch zum "festen Bestandteil der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung gehört haben", auch weiterhin dem neuen Verfassungsbild angehören sollten. Daß der Verfassungsgesetzgeber die Tradition nicht einfach unberührt gelassen hat, kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Finanzmonopole in der Kompetenzvorschrift des Art. 105 I GG ausdrücklich erwähnt sind; ein Hinweis generell auf andere Monopole findet sich nicht. Zudem folgt aus Art. 123 GG unmißverständlich, daß der Grundgesetzgeber die Prüfung des übernommenen Normenbestandes am materiellen Verfassungsrecht verlangt. So zieht das BVerfG in seinen Urteilen zum Arbeitsvermittlungsmonopol¹ bei seiner Prüfung zwar die nachkonstitutionellen Vorschriften des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) heran, betont jedoch ausdrücklich, daß das bereits längere Zeit bestehende vorkonstitutionelle

¹ BVerfGE 21,245 ff.; 21,261 ff. (266)

Arbeitsvermittlungsmonopol an den Grundrechten zu messen ist¹. Auch der BGH macht keinen Unterschied zwischen vor- und nachkonstitutionellen Monopolen². Läßt sich somit zwar keine allgemeine Negation für Verwaltungsmonopole aus dem Grundgesetz herleiten³, so sollte man auf der anderen Seite nicht dem Fehler unterliegen, einen allgemeinen Grundsatz für die Sanktionierung alter oder neuer Verwaltungsmonopole aufzustellen⁴.

- b) Art. 33 GG als Spezialregelung gegenüber Art. 12 I GG
- Art. 33 GG und Art. 12 I GG stehen sicherlich durch die mittels der Verstaatlichung eines Berufes bewirkten Verflechtung dieses

-
- 1 Das kommt besonders in folgenden Formulierungen zum Ausdruck: "1. Nach dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927, jetzt in der Fassung vom 3. April 1957 -AVAVG- darf die Arbeitsvermittlung nur von der Bundesanstalt betrieben werden -sog. Arbeitsvermittlungsmonopol-" (S. 246); ... "Beide Verfassungsbestimmungen sanktionieren aber noch nicht das im Jahre 1949 allerdings schon etwa 20 Jahre bestehende Arbeitsvermittlungsmonopol, ... Daher ist zu prüfen, ob das Monopol mit den Grundrechten vereinbar ist" (S. 248).
- 2 DVBL 73, 214 ff. bei einem seit 1840 bestehenden Fährregal des Landes Nordrhein-Westfalen
- 3 Thieme, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, S. 282 (im folgenden zitiert als: Berufsfreiheit)
- 4 vgl. auch im Ergebnis: Bettermann, a.a.O., S. 201; Badura, a.a.O., S. 339; Obermayer/Steiner, a.a.O., S. 1459; Schick, a.a.O., S. 933; Lamm/Mlitzko, Versicherungszwang und Grundgesetz, DVBL 1964, 943

Berufes mit dem öffentlichen Dienst in einem Spannungsverhältnis, das dazu führen kann, daß sich die beiden Vorschriften möglicherweise gegenseitig einschränken. Indes kann Art. 33 GG nicht die Wirkung haben, Art. 12 I GG gänzlich zu verdrängen, da für eine derartige Sonderregelung des Art. 33 GG gegenüber Art. 12 I GG für den öffentlichen Dienst keine der beiden Vorschriften eine Aussage macht und auch eine systematische Auslegung der genannten Vorschriften eine solche Bedeutung des Art. 33 GG nicht tragen kann. Berufe sind nicht aufteilbar in "private" und "öffentliche" Berufe in dem Sinne, daß die einen dem Schutz des Art. 12 GG, die anderen seinem Schutz nicht unterliegen. Sämtliche Berufe sind dem allgemein gültigen Berufsbild des Art. 12 GG zu entnehmen. Die auf die Erlangung öffentlicher Ämter begrenzte Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG ergänzt nur Art. 12 Abs. 1 GG für den Bereich des öffentlichen Dienstes, indem sie verschiedene Differenzierungskriterien für den Zugang zu einem öffentlichen Amt aufstellt. Das kann keineswegs heißen, daß Art. 33 GG als alleinige Anspruchsgrundlage im Normgefüge der Grundrechte zu gelten hat, falls sich ein Bewerber für einen Beruf im öffentlichen Dienst entschließt. Als Beispiel sei nur die Referendarausbildung in einem Beamten-

verhältnis genannt. Da sie eine "Ausbildungsstätte" im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ist, kann sich ein Referendar sowohl auf Art. 33 Abs. 2 GG als auch auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

Auch die Abgrenzung, ob es sich bei der in Rede stehenden Aufgabe um eine "öffentliche"¹ oder um eine wesentliche staatliche Aufgabe handelt, vermag eine Lösung nicht herbeizuführen. Zum einen gibt die Judikatur kein klares Bild, was unter einer "öffentlichen Aufgabe" zu verstehen ist², zum anderen bestimmt Art. 31 Abs. 2 GG nicht, wann es dem Staat gestattet ist, eine Tätigkeit zum öffentlichen Amt auszugestalten³. Letztlich läuft es doch darauf hinaus, daß der Gesetzgeber durch Ermessensentscheidung die verfassungsrechtlichen Schranken zwischen freiem Beruf und öffentlichem Amt dadurch durchbrechen kann, daß er bestimmte Berufe an den öffentlichen Dienst heranführt und sich daraus einen Grund für die Einführung einer objektiven Zulassungsschranke schafft⁴.

1 so das BVerfG noch im Apothekenurteil E 7, 398

2 s. die Beispiele bei Zweigert/Reichert-Facilides, a.a.O., S. 18, 27

3 Hamann/Lenz, Art. 33 B 2

4 so praktisch geschehen im Notariatsbeschluß BVerfGE 17, 371 ff (377 ff.)

Aber auch, wenn man den Bemühungen Zweigert und Reichert/Facilides folgt und die von ihnen dargestellten Faktoren für die Bestimmung der "öffentlichen Aufgabe" zugrunde legt¹, ändert sich nichts an der Tatsache, daß es auch hier schließlich im Ermessen des Gesetzgebers liegt, zu bestimmen, ob ein notwendiger Staatsregelungsvorbehalt mit der Folge eines staatlichen Regelungsermessens für die betreffenden Tätigkeiten vorliegt. Denn sowohl die von Zweigert und Reichert/Facilides ins Feld geführten Gemeinwohlbelange als auch das von der Sache her gegebene Bedürfnis, sich gerade einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zu bedienen, lassen einen weiten Entscheidungsspielraum zu. Wahrscheinlich in Anbetracht der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken hat das BVerfG den Weg eingeschlagen, Eingriffe in die Berufsfreiheit allein an Art. 12 I GG und den im Apothekenurteil entwickelten Voraussetzungen zu messen².

1 siehe oben S. 30

2 BVerfGE 21, 251; ihm folgend BVerwG, BVerwGE 39, 151 (168 ff.);
DÖV 1970, 823 f. BGH, DVBL 1973, 216

c) Lehre von der Rechtfertigung durch grundgesetzliche Kompetenztitel

Wie bereits dargestellt¹, können Kompetenzzuweisungen zugleich eine materielle Normierung enthalten. In diesem Fall muß es ihnen aber auch möglich sein, andere materielle Vorschriften des Grundgesetzes verdrängen zu können, wenn der Gesetzgeber dies bei Schaffung des Grundgesetzes ins Auge faßt und tolliert hat.

Bei der hier zu behandelnden Möglichkeit der Suspension von Grundrechtsnormen, insbesondere des Art. 12 I GG, durch vom Verfassungsgeber anerkannte Verwaltungs- und Finanzmonopole handelt es sich nicht um die Frage der wechselseitigen Begrenzung von Grundrechts- und anderen Verfassungsnormen. Von einer solchen Kollision grundgesetzlicher Normen kann nur in den Fällen gesprochen werden, in denen "mehr als eine Verfassungsvorschrift den Rechtsfall regiert, die beteiligten Normen aber ... zu einem teilweise gegensätzlichen Ergebnis führen würden"². Die letztgenannten Sachverhalte können nur dann einer gerechten Lösung zugeführt werden, wenn man geeignete Prinzipien der Verfassungsinterpretation bemüht. Hierzu kann einmal das Prinzip praktischer Konkordanz gehören: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter, die miteinander kollidieren, müssen einander auch so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt, beide zu optimaler

1 S. 31-33

2 Müller, Positivität der Grundrechte, S. 46

Wirksamkeit gelangen¹. Zum anderen kann man sich in diesen Fällen einer Grundrechtskollision helfen, wenn man sich einer der verschiedenen, insbesondere vom BVerfG² vertretenen, Immananzlehren anschließt und anerkennt, daß auch Grundrechte mit ungeschriebenen Grundrechtsschranken in den Fällen einer Grundrechtskollision Einschränkungen hinnehmen müssen. Hier sind verschiedene Fälle denkbar, in denen das eine Grundrecht auf Kosten des anderen Geltung beansprucht³.

Bei unserem Problem der Suspension des Art. 12 I GG geht es aber nicht - wie in allen obigen Fällen - um die Konkretisierung von Verfassungsnormen. Wenn nämlich bewiesen wird, daß in einer Kompetenznorm des Grundgesetzes zugleich die verfassungsrechtliche Anerkennung der Zulässigkeit des vorhandenen Monopols liegt, überschneidet sich dieser Normbereich nicht mit dem Geltungsgehalt des Art. 12 I GG. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Zulassung des Monopols die Grenze des einschlägigen Grundrechts der Berufsfreiheit markiert⁴. Die grundgesetz-

1 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S. 28 f.; zu den anderen Prinzipien ders. S. 29 ff.

2 u.a. BVerfGE 12,1 (4); 20,162 (176 ff.); 21,239 (243 f.); 28,243 (260 ff.)

3 vgl. die Beispiele bei Lepa, Inhalt der Grundrechte nach der Rechtsprechung, S. 18 ff.; kritisch zu den Immananzlehren: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 I Rdnr. 69 ff.

4 vgl. im allgemeinen zu dieser Grundrechtsdogmatik Müller, a.a.O., S. 49/50 und insbesondere für die Zuständigkeitskataloge der Art. 73 bis 75 GG: v. Mangoldt/Klein, Vorbem. II 6 vor Art. 70 GG; nach v. Mangoldt/Klein können grundgesetzliche Zuständigkeitsverteilungsnormen an anderen Stellen festgelegte Grundrechts-Vorbehaltsschranken konkretisieren.

liche Billigung des Monopols bedeutet, daß der mit dem Monopol notwendig verknüpfte Ausschluß privater Unternehmertätigkeit in dem monopolisierten Bereich nicht an Art. 12 I GG zu messen ist. "Die Berufs-, Gewerbe- und Unternehmerfreiheit des Art. 12 I GG steht also unter dem Vorbehalt grundgesetzlich zugelassener Monopole der öffentlichen Hand"¹. Wenn Art. 12 GG, der unter allgemeinem Gesetzesvorbehalt steht, schon durch ein einfaches Gesetz einschränkbar ist, muß es erst recht zulässig sein, Art. 12 GG durch andere Verfassungsnormen relativieren zu können.

Hier ist ein scharfer Trennungsstrich zu ziehen. Nach der hier vertretenen Ansicht soll und kann nicht eine generelle Rechtfertigung für das Monopol schlechthin versucht werden, sondern Aufgabe ist es, punktuelle Regelungen für einzelne Monopole aufzufinden, die ihrerseits nichts für eine verallgemeinernde Rechtfertigung aller Monopole herzugeben vermögen.

Im übrigen sind Monopole der öffentlichen Hand, die das Grundgesetz nicht ausdrücklich aufrechterhalten oder anerkannt hat, bezüglich ihrer Zulässigkeit allein an Art. 12 I GG zu messen.

Welche Anforderungen sind nun an einen so verstandenen Kompetenztitel zu stellen, aus dem die Zulässigkeit oder Aufrechterhaltung von Monopolen hergeleitet werden kann?

Negativ läßt sich zunächst feststellen, daß es zur Rechtfertigung des jeweils fraglichen Monopols nicht ausreicht, daß das Monopol im Grundgesetzkatalog (Art. 73 ff. GG) er-

¹ Bettermann, a.a.O., S. 210; unter Zugrundelegung der Auffassung v. Mangoldt/Klein würde dieses Ergebnis durch eine Konkretisierung der Grundrechtsschrankenbestimmung des Art. 12 I 2 GG infolge der grundgesetzlichen Tolerierung des Monopols erzielt.

scheint. Der Erwähnung des Monopols in einer Kompetenzregelung allein kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß man aus ihr die Schlußfolgerung ziehen könnte, der Kompetenznorm wohne damit zwangsläufig ein materieller Norminhalt inne.

Vielmehr muß die fragliche grundgesetzliche Bestimmung darüberhinaus eine Aussage über die Zulässigkeit eines staatlichen Monopols beinhalten. Ansätze hierzu bieten unter anderem ein Blick auf den historischen Zusammenhang in der deutschen Gesetzgebung, auf die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschrift und auf die durch die Staatspraxis bestätigte Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern.

Was die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Kompetenznorm anbelangt, lassen sich Aufschlüsse insbesondere aus der Betrachtung der für den Gesetzgeber eine Rolle spielenden Motive gewinnen, sei es, daß die entsprechenden Monopolbereiche auch weiterhin in öffentlicher Verwaltung geführt werden sollten oder eine wirtschaftliche Betrachtungsweise die Aufrechterhaltung der Tätigkeit des Staates in monopolistischer Weise erforderte.

Unter Beachtung des dargestellten dogmatischen Hintergrundes und der Gesamtschau der einzelnen Verfassungsbestimmungen zueinander wird die hier als "Lehre von der Rechtfertigung durch grundgesetzliche Kompetenztitel" bezeichnete Auffassung einer Löschung die Frage nach der Zulässigkeit öffentlicher Monopole gerecht.

3. Absolute Geltung des Art. 12 I GG

Die zahlreichen Vertreter dieser Ansicht bejahen die absolute Geltung des Art. 12 I GG für jede Art von Monopol.

Diese Ansicht ist nun nicht unvereinbar mit der Lehre von der Rechtfertigung durch grundgesetzliche Kompetenztitel, denn diese Lehre bejaht ebenfalls die grundsätzliche Geltung des Art. 12 I GG für alle Monopole. Die jeweilige Kompetenznorm soll nur dann quasi als "Spezialnorm" die Anwendbarkeit des Art. 12 I GG ausschließen, wenn der Gesetzgeber das freiheitsbeschränkende Monopol verfassungsrechtlich ausdrücklich zugelassen oder aufrechterhalten hat. In diesem Fall wird also Art. 12 I GG durch die jeweilige Kompetenznorm suspendiert. Suspension beinhaltet aber, daß die suspendierte Norm an sich gelten würde, nur im Einzelfall in Anbetracht der Bedeutung der Kompetenznorm in ihrer Ausstrahlung auf Art. 12 I GG nicht zur Anwendung kommen kann.

Insoweit fußt die Lehre von der Rechtfertigung durch Kompetenznormen auf derselben Ausgangsbasis, von der auch die Vertreter der absoluten Geltung des Art. 12 I GG ausgehen. Die Lehre von der Rechtfertigung durch Kompetenznormen geht nur einen Schritt weiter, indem sie dem Gewicht der jeweiligen Kompetenznorm gegenüber Art. 12 I GG durch eine systematische Betrachtungsweise Rechnung trägt.

III. Die Lehre von der Rechtfertigung durch Kompetenztitel und die einzelnen Monopole

Nachfolgend sind die einzelnen Erscheinungsformen des Monopols daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie durch einen grundgesetzlichen Kompetenztitel zu rechtfertigen sind.

1. Die originär staatlichen "Monopole" sowie die von der Gesellschaft übernommenen "Monopole"

Diese vom Staat wahrgenommenen Aufgaben bedürfen keiner Rechtfertigung durch grundgesetzliche Kompetenztitel. Wie bereits festgestellt wurde, handelt es sich bei diesen genuin öffentlichen Aufgaben um Tätigkeitsbereiche des Staates, die einer Monopolisierung nicht bedürfen. Für diese (und nur für diese) "Monopole" läßt sich mit der geschilderten Begründung zur Lehre von der Kompetenz-Kompetenz nachweisen, daß der einzelne gegenüber dem Staat die ihrem Wesen nach staatlichen und hoheitlichen Funktionen nicht unter Berufung auf Grundrechte streitig machen kann.

2. Verwaltungsmonopole

a) Post, Bahn, Rundfunk, Fernsehen

Hier ist kein grundgesetzlicher Kompetenztitel ersichtlich, dem über eine Zuständigkeitsregelung hinaus ein materieller Norminhalt innewohnte. Die Aufzählung dieser Sachbereiche in Art. 73 Nr. 6 und 7 GG soll nur klarstellen, daß der Bund auf den Ge-

bieten der Bundeseisenbahn und des Post- und Fernmeldewesens die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit besitzt. Dadurch, daß der Ausdruck "Fernmeldewesen" den sendetechnischen Bereich des Rundfunks und Fernsehens unter Ausschluß der Studiotechnik umfaßt¹, die Organisation der Veranstaltung und die innere Organisation der Veranstalter von Rundfunksendungen hingegen Angelegenheit der Länder ist, Art. 30, 70 GG, könnte Art. 73 Nr. 7 GG einmal nur über ein etwaiges Monopol zur Errichtung und zum Betrieb von Sendeanlagen aussagen und nicht über ein Monopol zur Veranstaltung von Rundfunksendungen. Aber auch in diesem Sinne wird man das Wort "Fernmeldewesen" nicht interpretieren können. Wie die Entstehungsgeschichte des Art. 73 Nr. 7 GG zeigt, ging der Streit bei den Verhandlungen hauptsächlich um die Frage, ob zum Fernmeldewesen der Rundfunk als Ganzes gehören sollte, oder ob nicht vielmehr der Inhalt der Sendungen (also die Veranstaltung) Sache der Länder, der sendetechnische Bereich hingegen Sache des Bundes werden sollte². Dieser Streit schwelte auch in der Zukunft weiter, wobei niemand versuchte, den Ausdruck "Fernmeldewesen" mit Fernmeldeanlagenmonopol des Bundes gleichzusetzen³. Der Bereich "Betriebsmonopol für Rundfunkfernmeldeanlagen" ist sowohl bei den Beratungen

1 geklärt durch BVerfGE 12,225 f.

2 Füsslein in JÖR 1,476 ff.

3 so mit Recht Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, S. 104

der einzelnen Ausschüsse als auch in späteren Veröffentlichungen nicht diskutiert worden.

Aus der Tradition des Rundfunkwesens lassen sich keine Rückschlüsse auf eine Monopolisierung im arlagetechnischen Bereich ziehen¹. Eine ausdrücklich normierte grundgesetzliche Rechtfertigung der Bereiche Bahn, Post und Rundfunk als staatliche Monopole läßt sich auch nicht aus Art. 87 GG herleiten. Zum einen bezeichnet Art. 87 Abs. 1 GG die gleichen Sachbereiche wie Art. 73 Nr. 6 und 7 GG², so daß das soeben zu Art. 73 Nr. 7 GG Gesagte entsprechend gilt. Auf der anderen Seite ist die Monopolisierung der Eisenbahn und der Post (einschließlich des Rundfunkwesens) gegenüber dem Bürger auch nicht etwa in der Vorschrift des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG geregelt, selbst wenn man diese Vorschrift als Kompetenznorm³ und nicht nur als Organisationsnorm⁴ auffaßt. Als Kompetenznorm eröffnet sie dem Bund als Ausnahme von Art. 83 GG eine zusätzliche Verwaltungskompetenz; sie regelt also höchstens die Monopolisierung der staatlich betriebenen Teile der Post sowie der Eisenbahn des Bundes gegenüber dem Land⁵. Eine darüberhinaus-

1 s. zur Geschichte des deutschen Rundfunkwesens Badura, a.a.O., S. 178 ff.; Herrmann, a.a.O., S. 263 ff.; Ingo Fressmann, Rundfunk und Rundfunkrecht in der Weimarer Republik, Diss.Frankfurt 1973

2 BVerfGE 12, 229

3 BVerfGE 14, 210; Hamann/Lenz, Art. 87 Anm. B 7

4 wie v. Mangoldt/Klein, Art. 87 Anm. II 3 b

5 s. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 87, S. 15 Fußn. 1

gehende materiellrechtliche Bedeutung für das Verhältnis des Bürgers zum Staat kommt dieser Zuständigkeitsnorm nicht zu¹.

b) Arbeitsvermittlungsmonopol

Auch hier läßt sich eine Verfassungslegitimation in Vorschriften des Grundgesetzes nicht nachweisen. Die Arbeitslosenvermittlung erscheint lediglich im Gesetzgebungskatalog des Art. 74 Nr. 12 GG als Bestandteil des Arbeitsrechts. Aus den Beratungen des Zuständigkeitsausschusses des Parlamentarischen Rates ergibt sich, daß das Wort "Arbeitsvermittlung" nur klarstellenden Inhalt haben sollte, um den Begriff "Arbeitslenkung" wegen eventueller politischer Mißdeutungen zu vermeiden². Die Bestimmung des Art. 74 Nr. 12 GG enthält keinen Ansatz, der auf einen Vorrang oder auf ein Monopol der staatlichen Arbeitsvermittlung hinweisen könnte³.

c) Feuerversicherungsmonopol

Art. 74 Nr. 11 GG verleiht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebung über das "privatrechtliche Versicherungswesen". Mit dieser Formel sollte das öffentlich-rechtliche Versicherungswesen, abgesehen von der Sonderregelung über die Sozialversicherung in Art. 74 Nr. 12 GG, nicht Gegenstand der

1 v. Mangoldt/Klein, Art. 87 II 3 a cc;
Hamann/Lenz, Art. 87 Anm. B 7

2 Matz in JÖR 1,519 ff.

3 so auch Bettermann, a.a.O., S. 247

Gesetzgebung des Bundes sein, sondern der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder unterliegen. Mit überzeugenden Argumenten hat Bettermann¹ dargelegt, daß sich diese Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich des Versicherungswesens zwischen Bund und Ländern insbesondere aus der Tradition, der Entstehungsgeschichte des Art. 74 Nr. 11 GG und der Staatspraxis ergibt.

Während es in Art. 4 Nr. 1 der Reichsverfassung von 1871 und in Art. 7 Nr. 17 der WRV, die beide die versicherungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz des Reiches betrafen, ohne Einschränkung "Versicherungswesen" hieß, wurde bei Art. 74 Nr. 11 GG nach eingehender Beratung² das Wort "privatrechtlich" hinzugefügt, womit zum Ausdruck kommen sollte, daß das öffentlich-rechtliche Versicherungswesen, zu dessen Kernbestand die landesrechtlichen Monopolanstalten gehören, der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder überlassen werden sollte. In diesem Bereich der Versicherung, die in den Rechtsformen und als Funktion der öffentlichen Verwaltung betrieben wird, ist das Versicherungsrecht nicht Teil des Wirtschaftsrecht i.S.d. Art. 74 Nr. 11 GG³ "sondern es rechnet zur öffentlichen Verwaltung und zum Verwaltungsrecht"⁴. In die Regelung des öffentlich-rechtlichen Versicherungswesens der Länder sollte der Bund

1 Bettermann, a.a.O., S. 241 ff.; ihm folgend das BVerfG, Beschl. vom 14.1.1976 NJW 1976, 667 ff.

2 vgl. Matz, JÖR 1,515 ff. (518,519)

3 so der Abgeordnete Dr. Laforet, vgl. JÖR 1,518

4 Bettermann, a.a.O., S. 245

nicht eingreifen.

Art. 74 Nr. 11 GG ist somit zu entnehmen, daß das Grundgesetz die bestehenden landesrechtlichen Gebäudeversicherungsmonopole in ihrer überkommenen rechtlichen Ausgestaltung als Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch die Verwaltung anerkannt hat. Denn die Regelung des Art. 74 Nr. 11 GG war nur sinnvoll, wenn die dem Grundgesetzgeber bekannten öffentlich-rechtlichen Versicherungsmonopole der Länder im bisherigen Umfang erhalten blieben. Daraus folgt, daß der Grundgesetzgeber die öffentlichen Versicherungen mit ihrem Kernbestand der Monopolanstalten nicht dem Prinzip der Gewerbe- und Unternehmerfreiheit und damit dem Maßstab des Art. 12 Abs. I GG unterstellen wollte¹.

d) Anschluß- und Benutzungszwang

Eine Rechtfertigung gemeindlicher Monopole durch einen Kompetenztitel des Grundgesetzes könnte über Art. 28 II GG erfolgen, wenn die aus dem Anschluß- und Benutzungszwang resultierenden gemeindlichen Monopole von dieser Vorschrift des Grundgesetzes aufgefangen würden. Diese zentrale Verfassungsnorm enthält eine Einrichtungsgarantie der Selbstverwaltung für die Gemeinden und Gemeindeverbände.

Diese Einrichtungsgarantie steht unter dem Vorbehalt näherer gesetzlicher Regelung. Der Umfang der Aufgaben eines Selbstverwaltungsträgers kann daher im einzelnen durch formelles Gesetz festgelegt werden.

1 Bettermann, a.a.O., S. 246; BVerfG NJW 76, 669; a.A. ist Papier, Fälle zum Wahlfach Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 12/13, der einen derartigen Schluß aus dem Schweigen des Verfassungsgebers nicht ziehen will.

Die Einrichtungsgewähr enthält demnach keine Bestandsgarantie gemeindlicher Aufgaben, keine Status-quo-Garantie des gegenständlichen Wirkungsbereiches¹. Solche einschränkenden Gesetze finden ihre Beschränkung jedoch wieder in der Selbstverwaltungsgarantie selbst.

Stellt die Einrichtungsgewährleistung auch für das jeweilige Rechtssubjekt Gemeinde kein Grundrecht dar², so entfaltet sie doch eine ähnliche Wirkung wie die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG³.

Das bedeutet, daß der Zugriff des Gesetzgebers auf den gemeindlichen Aufgabenbereich nur beschränkt möglich ist. Nach dem Willen des Grundgesetzes gibt es somit einen Kernbestand der Selbstverwaltungsgarantie, der unantastbar ist⁴.

Für die Ausgangsfrage heißt das, wenn der Anschluß- und Benutzungszwang zu diesem Kernbestand zählt, so wäre eine Rechtfertigung der aus dem Anschluß- und Benutzungszwang resultierenden gemeindlichen Monopole über den Kompetenztitel des Art. 28 II GG denkbar.

Zur Selbstverwaltungsgarantie gehören folgende konstitutive Elemente: Die Personal-, Organisations-, Satzungs-, Planungs- und Finanzautonomie.

Diese, der Selbstverwaltung immanenten Hoheitsrechte, machen neben dem Universalitätsgrundsatz das Wesen der Selbstverwaltung aus.

1 BVerfGE 23, 353

2 BVerfGE 1, 175; VerfGH NRW in OVGE 14, 372

3 Maunz-Dürig-Herzog-Scholz zu Art. 28 II Rdnr. 52

4 ebenda Rdnr. 53

Den Anschluß- und Benutzungszwang wird man dagegen nicht zu diesem essentiellen Kern rechnen können.

Weder aus Art. 127 der Weimarer Verfassung¹ noch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 28 II GG² ergibt sich, daß der Benutzungszwang als einziges gemeindliches Monopol vom Umfang der garantierten Selbstverwaltungsbefugnisse gedeckt sein sollte. Letztlich gibt auch die historische Entwicklung, die als Maßstab für das Wesen der Selbstverwaltung herangezogen wird³, nichts dafür her, ob der Benutzungszwang zum Kern der Selbstverwaltung gehört. Es existieren im Gegenteil öffentliche Einrichtungen wie Wasserleitungen, Abwasserbeseitigung, Müllabfuhr und Straßenreinigung erst eine relativ kurze Zeit; in manchen Landschaftsteilen, insbesondere in ländlichen Regionen, sind sie zum Teil (z.B. Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung) noch gar nicht errichtet; zum Teil werden sie auch privat betrieben. Auf Grund dieser jungen und in größerem Umfang noch nicht einmal abgeschlossenen Entwicklungsphase läßt sich von einem grundgesetzlich garantierten "Bestandsschutz" nicht sprechen, weil sich die Befugnisse der Gemeinden auf den genannten Sachgebieten noch nicht so weit manifestiert haben, daß man sie zum essentiellen Kern der durch Art. 28 II GG unantastbaren Selbstverwaltungsaufgaben zählen könnte.

1 Art. 127: "Gemeinden u. Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze".

2 vgl. Matz, JÖR I, S. 253-257; Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 51 ff.

3 vgl. BVerfGE 7, 364

Gegen die Zugehörigkeit des Anschluß- und Benutzungszwangs zum essentiellen Kernbestand spricht auch seine besondere gesetzliche Fixierung in den Gemeinde- und Kreisordnungen der Länder¹.

Relevanz gewinnt der Anschluß- und Benutzungszwang im Hinblick auf den Kern der Selbstverwaltungsgarantie erst über den zum Kernbestand zählenden Funktionsbereich der Satzungsautonomie. Er stellt kein dem Selbstverwaltungsträger originär zugeordnetes Hoheitsrecht dar, sondern muß von diesem erst per Satzung eingeführt werden. Steht er aber insoweit zur Disposition des Ortsgesetzgebers, kann er schwerlich essentieller Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie sein.

Gemeindliche Monopole lassen sich damit nicht über Art. 28 II GG legitimieren. Der Anschluß- und Benutzungszwang stellt zwar ein Hoheitsrecht kommunaler Selbstverwaltungsträger dar, gehört indes nicht von vornherein zum Kernbestand der Selbstverwaltungsgarantie.

Gemeindliche Verwaltungsmonopole fallen somit unter den allgemeinen Bestand von Selbstverwaltungsaufgaben, die im Rahmen der Gesetze gewährleistet sind. Die Gemeinden sind also bei der Einrichtung von Verwaltungsmonopolen nicht freier als der Staat. Aus Art. 28 II GG kann nicht gefolgert werden, daß ein Vorrang des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden gegenüber den Grundrechten der Gemeindebürger bestünde².

1 § 19 GONW, § 17 KONW

2 BVerwG DÖV 1970, 824 ff.

Auch auf dem Gebiet, auf dem die Gemeinden in eigener Verantwortung tätig werden dürfen, sind sie an die Grundrechte gebunden¹.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß sich dem Art. 28 II GG keine grundgesetzliche Tolerierung von gemeindlichen Monopolen entnehmen läßt. Vielmehr muß ein ortsrechtlicher Berutzungszwang, der die Berufsfreiheit einschränkt, an Art. 12 I GG gemessen werden.

¹ so im Ergebnis auch Schick, a.a.O., S. 934; Thieme, a.a.O., S. 283; Jesch DÖV 1962, 428 ff. (429)

3. Finanzmonopole

Nach fast einhelliger Ansicht¹ liegt in der Erwähnung der Finanzmonopole, für die das Grundgesetz dem Bund in Art. 105 I die Gesetzgebungs-, in Art. 106 I die Ertrags- und in Art. 108 I die Verwaltungshoheit zuweist, die verfassungsrechtliche Anerkennung der Zulässigkeit der beiden bestehenden Finanzmonopole, des Branntweinmonopols und des Zündwarenmonopols. Das bedeutet jedoch keinesfalls, daß die betreffenden Grundgesetznormen andere als die genannten Finanzmonopole in Zukunft zulassen wollten. Falls weitere Finanzmonopole geschaffen werden sollten, müßte ihre Zulässigkeit an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden. Den hier in Frage stehenden Vorschriften eine andere Auslegung zu geben, nämlich trotz der Festlegung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen auf dem Gebiet der Finanzmonopole die Zulässigkeit dieser Monopole in anderen Vorschriften des Grundgesetzes zu suchen, würde bedeuten, der Verfassungsgesetzgeber habe in Kauf nehmen wollen, die Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Finanzmonopole an Grundrechtsnormen wie etwa Art. 12 I GG zu messen. Dies ist aber nicht der Fall. Sowohl das Branntweinmonopol, das sich aus der schon seit langem üblichen Besteuerung des Brannt-

1 BVerfGE 14, 111; Bachof, a.a.O., S. 201; Bettermann, a.a.O., S. 210; Emmerich, a.a.O., S. 117; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 181; Thieme, a.a.O., S. 282; Maunz-Dürig-Perzow-Scholz, Art. 105 RdNr. 13; Badura, a.a.O., S. 336, der jedoch nicht der hier vertretenen Auffassung ist, Art. 105 ff. GG suspendieren die eigentliche Anwendung des Art. 12 I GG; a.A. Stödter, a.a.O., S. 52 ff., der deshalb zu einem anderen Ergebnis kommt, weil er den Kompetenznormen der Art. 105 ff. GG einen materiellrechtlichen Gehalt abspricht, was jedoch nicht richtig sein kann, vgl. S. 29-31

wein entwickelt hat, als auch das Zündwarenmonopol gehen auf eine lange Tradition zurück¹. Im allgemeinen haben die Art. 105 ff. an das vom Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1949 vorgefundene Bild der Finanzverfassung angekrüpft. Die beiden Finanzmonopole, die im Herrenchiemsee-Entwurf nicht aufgezählt waren, sind im Parlamentarischen Rat ausdrücklich zur Sprache gekommen und beraten worden². Finanzmonopole sollten also eine besondere Form der Erhebung von der in Art. 105 geregelten Abgaben darstellen. Mit der Bestätigung des Bestandes der Finanzmonopole wurden "diejenigen Beschränkungen der freien wirtschaftlichen Betätigung des einzelnen, die sich aus der vom Grundgesetz angetroffenen Struktur der Monopole notwendig ergeben, im Prinzip hingenommen und gebilligt"³.

1 Branntweinmonopolgesetz v. 8.4.1922;
Zündwarenmonopolgesetz v. 19.1.1930

2 Füsslein, JÖR 1, S. 767

3 BVerfGE 14, 111

Die Finanzmonopole stellen in ihrer derzeitigen staatlichen Ausübung nicht den schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit dar, den man von Hause aus unterstellt. Bei näherer Untersuchung zeigt sich nämlich, daß eine Monopolisierung nur im Bereich der Handelsstufe besteht. Damit hängt eng das Problem des Berufsbildes zusammen. Faßt man dieses weit (etwa hier Beruf des Großhändlers ohne Bezug auf eine bestimmte Branche), so stellt sich die Monopolisierung nur als Berufsausübungsregelung dar.

4. Staatlich begründete Privatmonopole
Die genannten gesetzlichen Regelungen¹ begründen keine Monopole i.S.d. oben erarbeiteten Begriffsbestimmung. Die hier in Frage kommenden Personen wie etwa die Hebammen, die Kassenärzte oder die Bezirksschonsteinfegermeister üben zwar einen "staatlich gebundenen Beruf" aus. Unter dieser von Triepel² gebildeten und nun allgemein gebräuchlichen³ Bezeichnung werden Personen verstanden, "die, ohne Beamte zu sein und ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts dem Staate oder einem Selbstverwaltungskörper für die Ausübung des Berufs verantwortlich sind"⁴. Trotz dieses besonderen Verhältnisses zwischen Berufstätigem und Staat wird aber für diese Berufszweige kein Staatsmonopol im eigentlichen Sinne errichtet. Art und Umfang der staatlichen Bindungen sind außerordentlich unterschiedlich. Darüberhinaus hindern solche öffentlich-rechtliche Interventionen nicht, den gebundenen Beruf als "Gewerbe" oder als "freien" Beruf anzusehen⁵. Eine ganz andere Frage ist es, inwieweit staatshoheitliche Maßnahmen, die die Regelung der Berufsausübung für alle potentiellen Berufstätigen der entsprechenden Branchen betreffen, einen Eingriff in die Berufs-

1 vgl. S. 15

2 Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, S. 1-85

3 Bachof, a.a.O., S. 184 f.; Badura, a.a.O., S. 253 ff.; BVerfGE 7,398

4 Triepel, a.a.O., S. 66

5 Bachof, a.a.O., S. 185; insbesondere zum Beruf des Apothekers: Hoffmann, ApothekenG § 1 Rdnr. 81,82,113

freiheit darstellen. Für die Erfassung des Begriffs des "Privatmonopols" geht es nur darum, daß die Ausführung bestimmter beruflicher Tätigkeiten wie etwa des Apothekers oder des Schornsteinfegers an die Erfüllung gesetzlicher Zulassungsbestimmungen gebunden, "also für diejenigen, die diese Voraussetzungen erfüllen, monopolisiert wird"¹. Folge für alle anderen, die die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllen, ist selbstverständlich, daß sie von der Ausübung der so "monopolisierten" Tätigkeit ausgeschlossen bleiben. Daß in jedem Bezirk nur ein Schornsteinfeger kehren darf² oder bestimmte Arzneimittel nur von Apotheken vertrieben werden dürfen³, führt zu einer monopolähnlichen Stellung der bereits Zugelassenen (nur so kann "Privatmonopol" verstanden werden), bedeutet aber nicht, daß der Staat "sein" Staatsmonopol als staatliche Aufgabe durch andere ausführen läßt.

1 BVerfGE 9,78

2 § 2 Schornsteinfegergesetz v. 15.9.1969

3 §§ 28 ff. Arzneimittelgesetz v. 16.5.1961

2. Abschnitt: Überprüfung der nicht durch
grundgesetzliche Kompetenztitel gerech-
fertigten Monopole an Art. 12 I GG

I. Feststellung der Verletzung des Schutz-
bereiches von Art. 12 I GG durch das
jeweilige Monopol

Die Zulässigkeit sämtlicher, nicht durch
grundgesetzliche Kompetenztitel gerech-
telligter Monopole, hat sich an Art. 12
I GG zu orientieren.

Jedes Staatsmonopol bedeutet, daß in dem
von ihm erfaßten wirtschaftlichen Bereich
eine berufliche Tätigkeit des einzelnen
nicht mehr in der Form des selbständigen
Unternehmers und auch nicht mehr in der
Form des privaten Arbeitnehmers, wohl aber
als Beamter oder als anderweitig unselb-
ständiger Dienstnehmer möglich ist.

Zu Recht hat das BVerfG allerdings aus-
geführt, Art. 12 I unterscheide nicht zwi-
schen dem selbständig und dem unselbstän-
dig ausgeübten Beruf; auch abhängige Ar-
beit könne als Beruf gewählt werden¹.

"Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und
in unselbständiger Form ausgeübt werden
kann und beide Formen der Ausübung eigens
soziales Gewicht haben, so ist auch die
Wahl der einen oder der anderen Form der
Berufstätigkeit und der Übergang von der
einen zur anderen eine Berufswahl im
Sinne des Art. 12 I GG"². Auch die unselb-
ständige Ausübung eines Berufes, die auf
Grund einer Monopolisierung für Private

1 BVerfGE 7,398

2 BVerfGE 7,399

unmöglich ist, ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Somit steht die Möglichkeit der unselbständigen Ausübung der verstaatlichten Berufe der Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 I GG nicht entgegen.

II. Anwendung der 3-Stufen-Theorie

Monopole stellen sich als denkbar einschneidendste objektive Zulassungsbeschränkung dar, da bei Schaffung des Monopols davon ausgegangen wird, daß der Zugang zu der erfaßten Tätigkeit grundsätzlich allen Bewerbern aus Gründen, die außerhalb ihrer Sphäre liegen, verschlossen bleiben muß. Aus diesem Grunde sind die verbleibenden staatlichen Monopolregelungen, die die Verfassung nicht schon toleriert hat, an den Voraussetzungen zu messen, die das BVerfG seit der im Apothekenurteil entwickelten Stufentheorie an die gesetzliche Einführung objektiver Zulassungsschranken stellt. Danach ist eine Monopolisierung nur dann zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erforderlich und als Mittel zur Abwehr dieser Gefahren unentbehrlich ist¹. Im folgenden sind die einzelnen Monopole daraufhin zu überprüfen, ob sie diesen Nachweis erbringen können und ob das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

1 BVerfGE 7,408

III. Die einzelnen Monopole

1. Post- und Fernmeldewesen

Kernaufgabe der Bundespost ist die Nachrichtenübermittlung, sei es durch die Beförderung von Nachrichten durch Briefe etc.

(Postwesen) oder durch das Übermitteln von Nachrichten auf Draht- oder Funkweg (Fernmeldewesen).

Das Post- und Fernmeldewesen stellt die Beziehung von Mensch zu Mensch her. Es bildet die Grundlage für den geschäftlichen und wirtschaftlichen Verkehr in der gesamten Bevölkerung. Ohne ein funktionierendes Post- und Fernmeldewesen ist weder eine geordnete und allumfassende Kommunikation zwischen den Menschen untereinander noch eine wirtschaftliche Betätigung denkbar.

Diesem der Post zukommenden Gemeinschaftswert muß auch der Vorrang vor der Freiheit des einzelnen, der das Post- und Fernmeldewesen etwa in der Form der Privatgesellschaft betreiben möchte, eingeräumt werden. Denn die Post ist kein Gewerbebetrieb, sondern eine öffentliche Anstalt, die sich am Gemeinwohl zu orientieren hat. Dadurch, daß sie die Gewähr dafür bietet, die Bürger, unabhängig von den finanziellen und örtlichen Gegebenheiten, gleichmäßig und zuverlässig zu versorgen, gehört die Post zu der dem Staat obliegenden Daseinsvorsorge¹. Das Post- und Fernmeldemonopol des Bundes ist auch

¹ vgl. Schuster, Die staatsrechtliche Eingliederung des Post- und Fernmeldewesens in vergleichender Darstellung mit der deutschen Bundesbahn, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV, 1953, S. 324 f.; Badura a.a.O., S. 198 f. m.w.N.

unerläßlich, um das bezeichnete Gemeinschaftsgut vor schweren und höchstwahrscheinlichen Gefahren zu schützen. Aufgabe der Post ist es, den Interessen aller Bürger mit dem gleichen Maß der Fürsorge, Sicherheit und Pünktlichkeit zu dienen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Bedürfnisse einer leicht erreichbaren Stadtbevölkerung oder der in entlegenen Landesteilen wohnenden Bürger befriedigt werden. Der Staat betreibt die Post auch, aber nicht in erster Linie zur Gewinnmaximierung, sondern zum Nutzen der Gesamtbevölkerung. Der Privatunternehmer kann einer solchen Aufgabe nicht gerecht werden. Wenn er sich bemüht, seine Leistungen zu verbessern, geschieht dies in der Absicht, seinen Geschäftsgewinn zu erhöhen. Einem Privatunternehmer wäre es nicht möglich, die gleichen einheitlichen und gleichmäßigen Beförderungsleistungen auch in schwer zugänglichen Gegenden ohne Rücksicht auf die Rentabilität einzelner Zweige zu erbringen. Höchstwahrscheinlich würde sich ein Privatunternehmer auf lukrative Linien beschränken, dadurch der Post eine unterbietende Konkurrenz machen können¹ und somit die für die Bewältigung der oben aufgezählten Aufgaben nötigen Einnahmen der Post drastisch verringern. Diese Gründe zeigen, daß das Post- und Fernmeldewesen nicht Gegenstand des privaten Gewerbes sein kann, sondern einer Monopolisierung bedarf.

¹ wie es neuerdings im Paketzustelldienst (allerdings kein Monopol) der Fall ist

2. Bundesbahn

Ähnlich fordert das Verwaltungsmonopol der Deutschen Bundesbahn¹ eine Beschränkung der Freiheit der Berufswahl. Der Betätigung als Eisenbahnunternehmer stehen überraschende Interessen des Gemeinwohl entgegen. Diese fordern nämlich ein einheitliches Eisenbahnsystem, das regelmäßige und gleichartige Beförderungsleistungen erbringt und auch unrentable Linien bedient; insofern gilt das zum Postmonopol Gesagte. Auch der Betrieb öffentlicher Eisenbahnen befriedigt Bedürfnisse der Daseinsvorsorge¹.

Die völlige Ausschließung Privater vom Bau und Betrieb von Eisenbahnen ist auch verhältnismäßig, da auf andere Weise der moderne Sozialstaat den Anforderungen des Gemeinwohl nicht genügen würde. Eine privatwirtschaftliche Betriebsform würde sich nämlich - den ihr eigenen Gesetzen entsprechend - nur an kapitalistischen Gesichtspunkten orientieren. Die Wechselwirkung von Angebot und Nachfrage würde bewirken, daß die Preise für die Beförderung in Ballungsgebieten wegen der großen Nachfrage immer höher stiegen. Gerade die Tatsache, daß eine große Anzahl, insbesondere der arbeitenden Bevölkerung, täglich auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen ist, muß eine solche mögliche Wirkung verhindern. Auf der anderen Seite ist - geographisch und strukturell bedingt - in manchen Teilen die Nachfrage an der Beförderungsleistung, sei es im Personen- oder Güterverkehr, sehr

1 Zwar gibt es auch Bahnen, die der Verwaltungs- und Aufsichtshoheit der Länder unterliegen, Privatbahnen und andere Bahnen des öffentlichen Verkehrs (Kleinbahnen u.ä.), vgl. Haustein, Die Eisenbahnen im Deutschen Öffentlichen Recht, § 13 ff., 1960. Hier ist das Eisenbahnmonopol gemeint, das im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) v. 29.3.1951 zum Ausdruck kommt. Gem. § 4

gering. Die Kosten, die ein Privatunternehmer für das Befahren solcher Strecken aufwenden müßte, wären für ihn so hoch, daß er ungünstige Linien nicht mehr bedienen würde.

3. Rundfunk (Hör- und Fernsehfunk)

a) Der Rundfunk (hier ist nur die Veranstaltung von Rundfunksendungen gemeint, nicht das Fernmeldeanlagenmonopol der Post) ist weder eine wesentliche Staatsaufgabe¹, noch ein staatliches Verwaltungsmonopol kraft Tradition². Zur Zeit werden in der Bundesrepublik Fernseh- und Hörfunkprogramme von neun öffentlich-rechtlichen regionalen Landesrundfunkanstalten sowie vom ZDF veranstaltet, die sich an die Bevölkerung des Bundesgebietes wenden³; die Sendungen der Bundesrundfunkanstalten "Deutsche Welle" und "Deutschlandfunk" sind für das Ausland bestimmt. Abgesehen von diesen Anstalten gibt es in der Bundesrepublik - soweit ersichtlich - keine Privatunternehmer, die ein Unternehmen "Fernseh- bzw. Rundfunk" betreiben. Es wäre nämlich durchaus denkbar und von der Verfassung her nicht zu beanstanden, wenn sich unter den gleichen Voraussetzungen wie die jetzt betriebenen Anstalten auch Gesellschaften des Privatrechts als Träger von

Abs. 2 AEG darf niemand ohne staatliche Konzession oder Verleihung eine öffentliche Eisenbahn bauen oder betreiben, so daß der Staat ein "Vorrecht" auf den Betrieb solcher neuer Bahnen hat.

1 hierzu Herrmann, a.a.O., S. 124 ff.

2 das folgt aus der Geschichte des deutschen Rundfunkwesens, s. die Gründe des Fernsehurteils, BVerfGE 12, S. 208-212

3 vgl. Jank, Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, S. 15 ff.; Herrmann, a.a.O., S. 340 ff.; BVerfGE 12, 211 ff.

Rundfunkveranstaltungen etablierten¹. Bei näherer Betrachtungsweise zeigt sich jedoch, daß die einzelnen Rundfunkverfassungen entweder ausdrücklich oder konkludent ein staatliches Rundfunkmonopol normieren. Dies ist zwar nicht unstreitig, was einen Teil der Landesrundfunkanstalten betrifft². Auf der anderen Seite zeigt jedoch eine Analyse der entsprechenden Staatsverträge bzw. der Landesrundfunkgesetze, daß die Länder für ihr Sendegebiet die Rundfunkveranstaltungen monopolisiert und alle übrigen Interessenten von dieser Tätigkeit ausgeschlossen haben³.

b) Welche überragende Gemeinschaftsgüter machen eine Monopolisierung der Rundfunkunternehmung erforderlich?

Natürliche und technische Gegebenheiten führen dazu, daß nur eine bestimmte Anzahl von Rundfunkprogrammen zur gleichen Zeit möglich ist. Die begrenzte Zahl der Sendefrequenzen erfordert somit eine Beschränkung auf wenige Veranstalter von Rundfunksendungen⁴. Wenn aber schon die Kommunikationsmöglichkeiten infolge der objektiven Verhältnisse beschnitten sind und eine Vielzahl von Rundfunkunternehmern nicht zulassen, kann die Chancengleichheit für Bewerber im Medium Rundfunk nicht gewahrt sein, wenn die durch die Struktur des Rund-

1 so ausdrücklich BVerfGE 12,262

2 s. die einzelnen Literaturhinweise bei Herrmann, a.a.O., S. 340, Fußn. 1

3 ein spezielles Eingehen auf diese Frage würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen; vgl. deshalb zur näheren Begründung Herrmann, a.a.O., S. 341-343

4 vgl. BVerfGE 12,261

funks bewirkte begrenzte Anzahl der Funkwellen und Kanäle unter wenigen der vorhandenen Interessenten aufgeteilt würde. Auf der anderen Seite muß in einer demokratischen Gesellschaft gewährleistet sein, daß die Bürger durch eine ausgewogene Programmgestaltung informiert werden¹, und daß in den verschiedenen Beiträgen alle gesellschaftlich relevanten Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen können². Diese, vor allem Art. 3, 5 und 20 GG entspringenden Ziele im medientechnischen Bereich können nur dann verwirklicht werden, wenn Fernsehen und Hörfunk nicht in wenigen Privathänden vereinigt sind, aber auch nicht vom Staat kontrolliert werden. Die Chancengleichheit in der Rundfunkkommunikation besitzt einen so hohen Gemeinschaftswert, daß das Interesse des privaten Rundfunkunternehmers dahiner zurücktreten muß. Das Rundfunkmonopol ist auch unerläßlich, um das bezeichnete Gemeinschaftsgut vor schweren und höchstwahrscheinlichen Gefahren zu schützen.

Die Gefahr einer einseitigen Meinungsbeeinflussung durch das eklatant wichtige Massenmedium Rundfunk würde nicht dadurch gebannt, daß man die potentiellen Bewerber für die Veranstaltung von Fernseh- oder Hörfunkprogrammen nach bestimmten, festgesetzten Bedingungen aussucht und somit den

1 da man nicht mehrere Programme zum gleichen Thema hintereinander abrufen kann, wie es z.B. bei Zeitungsartikeln möglich ist

2 vgl. BVerfGE 12, 262 f.

Weg für eine Vergabe von Ausstrahlungserlaubnissen freimacht. Denn durch die Wahl bzw. Art und Weise der Bedingungen würde der Staat seinerseits mit unzulässigen Mitteln - einer Art Zensur gleich - das Recht des Staatsbürgers nach allseitiger Information beeinträchtigen¹. Hinzu kommt, daß eine private Unternehmertätigkeit im Bereich des Rundfunkwesens, das heute nahezu suggestive Kräfte entfalten kann, die Gefahr des ohnehin schon bedrohlichen Machtmißbrauchs von Massenkommunikationsmitteln erheblich vergrößern würde.

4. Arbeitsvermittlungsmonopol

Nach dem Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927, jetzt in der Fassung vom 3. April 1957, darf die Arbeitsvermittlung "nur von der Bundesanstalt betrieben werden" (§ 35). Damit besitzt die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ein Verwaltungsmonopol² für die Arbeitsvermittlung, das die Möglichkeit ausschließt, den Beruf des selbständigen Arbeitsvermittlers zu wählen.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols war bereits mehrfach Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht³. Nach Auffassung des BVerfG ist das Arbeitsvermittlungsmonopol unerläßlich, um überragende Interessen der Gemeinschaft vor schweren und

1 vgl. BVerwGE 39, 169

2 in Form eines Lenkungsmonopols, Badura, a.a.O., S. 142

3 BVerfGE 21, 245 (251 ff.); 21, 261 (267); 21, 271 (283)

höchstwahrscheinlichen Gefahren zu schützen. Als bedeutenden Gemeinschaftswert sah es das BVerfG an, die Arbeitslosigkeit auf der einen Seite und den Mangel an Arbeitskräften auf der anderen Seite zu mindern und zu beheben. Diese Aufgaben könnten nur von einer einheitlichen Arbeitsverwaltung gemeistert werden. Private Stellen, die man etwa auf Grund einer besonderen von Eignung und Zuverlässigkeit abhängigen Zulassung und Unterbindung an enge Ausübungsregelungen bestehen lassen würde, würden innerhalb dieses Systems der einheitlichen Arbeitsvermittlung einen Fremdkörper bilden und deren erfolgreiche Betätigung hemmen und stören¹. Der Ansicht des BVerfG ist zuzustimmen. Bei der Masse der in der heutigen Industriegesellschaft abhängig beschäftigten Personen ist die Aufgabe einer befriedigenden Steuerung des Arbeitsmarktes, insbesondere durch eine gezielte Arbeitsvermittlung, nur durch staatliche Stellen möglich. Einzelne private Arbeitsvermittler wären nicht in der Lage, sich einen genügenden Überblick über den gesamten Arbeitsmarkt zu verschaffen, der nötig wäre, um den Bedarf an Arbeitskräften gerade dort, wo es erforderlich wäre, zu decken. Gewerbliche, einen Gewinn erstrebende Arbeitsvermittler wären der nicht hinwegzudenkenden Gefahr ausgesetzt, die Notlage und Hilflosigkeit sowie die geschäftliche Unerfahrenheit der Arbeitssuchenden auszunutzen, um überhöhte Provisionen zu kassieren. Außerdem läge es nicht im Inter-

1 BVerfGE 21-253

esse der privaten Arbeitsvermittler, Arbeits-suchende entsprechend unkommerziell zu beraten, sei es, sich umschulen zu lassen, sich fortzubilden oder eine Arbeit an einem Ort aufzunehmen, der vielleicht in den "Tätigkeitsbereich" eines anderen Arbeitsvermittlers hineinragt. Diese Gesichtspunkte reichen für sich allein schon aus, um die Monopolisierung der Arbeitsvermittlung zu rechtfertigen.

5. Gemeindemonopole (Anschluß- und Benutzungszwang)

Gemeindemonopole werden dadurch errichtet, daß den Gemeindebewohnern infolge gemeindlicher Satzung eine Teilnahmepflicht an öffentlichen kommunalen Einrichtungen vorgeschrieben wird. Voraussetzungen für solche Zwangsregelungen ist entweder das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Bedürfnisses (wie in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen¹, Schleswig-Holstein), eines öffentlichen Bedürfnisses (so in Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland) oder von Gründen des öffentlichen Wohls (so in Bayern²).

1 § 19 GO NW: Die Gemeinden können bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluß an Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlußzwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben.

2 Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 104

Monopolistische Wirkung¹ entfaltet der Anschluß- und Benutzungszwang insoweit, als andere Erbringer der betroffenen Leistung dadurch beeinträchtigt werden, daß ihnen ein Tätigwerden für den Bereich des Gemeindegebietes unmöglich gemacht wird². Es wäre nämlich durchaus denkbar, daß z.B. private Müllabfuhrunternehmen oder private Wasserversorgungsunternehmen die gleiche Leistung ohne die Anordnung eines Anschluß- und Benutzungszwanges erbringen könnten³. Es ist auch nicht richtig, daß ein privater gewerblicher Unternehmer, der bisher die Gemeindebewohner versorgte, von der Anordnung des Benutzungszwanges nur mittelbar betroffen wird, weil etwa die Satzung sich nicht an ihn wende⁴. Denn das wesentliche und typische aus der Errichtung eines Kommunalmonopols fließende Kriterium ist ja gerade, daß es generell das gewerbsmäßige Anbieten dieser Leistung untersagt⁵.

Das in den Gemeindeordnungen bezeichnete Gut der "Volksgesundheit", der die genannten Einrichtungen dienen, ist ohne Zweifel eines der überragend wichtigen Gemeinschaftswerte, hinter denen im Falle einer Kollision die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG

1 neben anderen verfassungsrechtlichen Fragen (etwa Art. 14 GG, wird im Rahmen dieser Arbeit nur dieser Aspekt relevant.

2 vgl. Schick, a.a.O., S. 932; ähnlich Badura, a.a.O., S. 120 ff.

3 wie es auch häufig der Fall ist; meistens werden sie jedoch als beliebene Unternehmen tätig.

4 so aber der BayVGh, DÖV 1962, 426

5 vgl. Badura, a.a.O., S. 121; Schick, a.a.O., S. 932 und die abl.Anm. des VGh-Urteils von Jesch, DÖV 1962, 428 ff.

zurückzutreten hat. Gesichtspunkte wie eine optimale Anordnung und Überwachung der Hygiene, gleichmäßige und gleichartige Versorgung der Bevölkerung sowie eine bestmögliche Kontrolle der feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften gewinnen zur Abwägung eine überragende Bedeutung¹. Nur wenn anders als durch Zwang schwerwiegende Nachteile für das Gemeinwohl nicht abgewendet werden können, ist der angeordnete Benutzungszwang verfassungsrechtlich zulässig.

Einer solchen Überprüfung, auch im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit, halten Gemeindemonopole wie Wasserversorgung, Kanalisation, Straßenreinigung, Friedhöfe und Schlachthauszwang im allgemeinen stand. Denn das enge Beieinanderwohnen vieler Menschen birgt Infektionsgefahren, die bei mangelnder Kontrolle zu nachhaltigen Gesundheitsschäden in der Bevölkerung führen können. Um eine prophylaktische Sozialhygiene sicherzustellen, brauchen wir einwandfreies Wasser, müssen bazillenträchtige Abwässer und Abfallstoffe ordnungsgemäß beseitigt werden und geschlachtete, vielleicht kranke Tiere, die z.T. infolge neuer Futtermethoden die Gefahr von Antibiotikaerscheinungen in sich bergen, einheitlich kontrolliert und verarbeitet werden. Ebenso müssen Friedhöfe, wozu auch ein ordnungsgemäßes Bestattungswesen gehört, wegen

¹ vgl. im einzelnen zum Benutzungszwang als Akt der Daseinsvorsorge und zur geschichtlichen Entwicklung v. Jacobs, a.a.O., S. 75 ff.

der nicht zu unterschätzenden Gefahr der Grundwasserbeeinträchtigung und zur Vorbeugung von Infektionsgefahren bei nicht sachgemäßer Einsargung einer einheitlichen und kontrollierten Organisationsform unterstehen. Diese der Volksgesundheit dienenden Aufgaben können nur durch einen einwandfrei funktionierenden Verwaltungsapparat gelöst werden. Denn nur dieser ist in der Lage, bei Schwierigkeiten, Ausfällen und anderen räumlichen oder technischen Störungen mit dem ihm zur Verfügung stehenden Personal entsprechend zu disponieren und geeignete Anordnungen zum Wohl der Allgemeinheit, ohne Rücksicht auf finanzielle Interessen, zu treffen.

Es ist natürlich an dieser Stelle nicht möglich, eine verbindliche Aussage dahingehend zu treffen, ob auch im speziellen Fall unter allen Umständen ein durch Satzung eingeführtes Kommunalmonopol in Anlehnung an die 3-Stufen-Theorie notwendig und erforderlich war. Eine Überprüfung der betreffenden Örtlichkeit könnte durchaus zeigen, daß die Anordnung des Benutzungszwanges¹ und die scharfe Form des Teilnahmewzwanges unverhältnismäßig und deshalb von Art. 12 I GG nicht mehr legitimiert ist. Diese satzungsrechtlichen Fragen können hier nicht weiter vertieft werden.

¹ etwa im ländlichen Raum mit überwiegenden und einwandfreien Brunnenanlagen

Zusammenfassung

- 1) Staatliche und gemeindliche Monopole unterscheiden sich in ihrer juristischen Begriffsbestimmung nicht.
- 2) Die genuin-staatlichen und die von der staatlichen Gemeinschaft ausgeübten "Monopole" sowie die staatlich begründeten "Privatmonopole" tangieren nicht den Schutzbereich des Art. 12 Abs. I GG, da sie keine auf einem Rechtsakt beruhende Monopole im Sinne dieser Untersuchung sind.
- 3) Im übrigen sind alle staatlichen und gemeindlichen Monopole im Rechtssinne grundsätzlich an Art. 12 Abs. I GG zu messen, es sei denn, sie sind vom Grundgesetzgeber ausdrücklich toleriert oder anerkannt worden.

Literaturverzeichnis

- Bachof, Otto Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, III/1, 1958
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVdStL 12, 37 ff. (1954)
- Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol, 1963
- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1, 1958
- Bender, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1956
- Bettermann, Karl August Die Verfassungsmäßigkeit von Versicherungszwang und Versicherungsmonopolen öffentlich-rechtlicher Anstalten insbesondere bei der Gebäudeversicherung WIR 2/3 1973
- Bluntschli, Johann Caspar Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl. 1885
- Emmerich, Volker Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928
- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938
- Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1. Bd. Allg. Teil 1973
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVdStL 12, 8-36
- Frentzel, Gerhard Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand, Schriftenreihe Deutscher Industrie- u. Handelstag, Heft 56, 1959
- Füsslein, Rudolf Werner JÖR 1; bearbeitet von v. Doemming, Füsslein, Matz
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht 1963
- Hamann, Andreas/
Lenz, Helmut Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958
Rechtsstaat und Wirtschaftlenkung, 1953

- | | |
|---|---|
| <u>Haustein</u> , Werner | Die Eisenbahn im deutschen öffentlichen Recht, 1960 |
| <u>Herrmann</u> , Günther | Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975 |
| <u>Herzog</u> , Roman | Allgemeine Staatslehre, 1971
Art. Berufsfreiheit, EvgI. Staatslexikon |
| <u>Hesse</u> , Konrad | Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 1977 |
| <u>Hoffmann</u> , Heinrich | Kommentar zum Gesetz über das Apothekenwesen, 1961 |
| <u>Huber</u> , Ernst-Rudolf | Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I, 1953 |
| <u>Ipsen</u> , Hans-Peter | Über das Grundgesetz, Rede gehalten an der Hamburger Universität am 17.11.1949 |
| <u>v. Jacobs</u> , Alexander | Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, 1963 |
| <u>Jank</u> , Klaus-Peter | Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, 1967 |
| <u>Jellinek</u> , Walter | Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Neudruck 1966 |
| <u>Klein</u> , Friedrich | Bonner GG und Rechtsstaat, in: ZfGesStW 106, 390-411 |
| <u>Krüger</u> , Herbert | Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966 |
| <u>Lamm</u> , Erich/
<u>Mlitzko</u> , Ulrich | Versicherungszwang und Grundgesetz, DVBL 1964, 941-947 |
| <u>Leisner</u> , Walter | Werbefernsehen und Öffentliches Recht, 1967 |
| <u>Lepa</u> , Manfred | Der Inhalt der Grundrechte nach der Rechtsprechung, 1976
Grundrechtskonflikte in: DVBL 72, 161 ff. |
| <u>v. Mangoldt</u> , Hermann/
<u>Klein</u> , Friedrich | Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Bd. I, II, 1966 |
| <u>Martens</u> , Wolfgang | Öffentlich als Rechtsbegriff, 1968 |

- Maunz-Dürig-Herzog-Scholz
Mayer, Otto
Menger, Christian-Friedrich
Meyer-Cording, Ulrich
Müller, Friedrich
Obermayer, Klaus/
Steiner, Udo
Pagenkopf, Hans
Papier, Hans-Jürgen
Peters, Hans
Rings, W.
Rüfner, Wolfgang
Scheuner, Ulrich
Schick, Walter
Scholler, Heinrich/
Broß, Siegfried
Schuster, Fritz
- Grundgesetz, 4. Aufl. 1977
Deutsches Verwaltungsrecht,
Bd. I Neudruck 1961
Der Begriff des sozialen
Rechtsstaates im Bonner Grund-
gesetz, in: Recht und Staat,
Heft 173, 1953
Moderner Staat und Rechtspre-
chung, in: Recht und Staat,
Heft 361, 1968
Monopol und Marktbeherrschung,
Sammelband Handelsrecht 8, 1954
Die Positivität der Grundrechte,
Schriften zum Öffentlichen Recht,
Bd. 100, 1969
Die Monopole der öffentlichen
Sachversicherung und das Grund-
recht der Berufsfreiheit,
NJW 1969, 1457-1463
Kommunalrecht
Bd. I: Verfassungsrecht 1975
Bd. II: Wirtschaftsrecht 1976
Fälle zum Wahlfach Wirtschafts-
verwaltungsrecht, Schriften-
reihe der JUS Nr. 44, 1976
Geschichtliche Entwicklung und
Grundfragen der Verfassung, 1969
Verwaltungsmonopole und Art. 12
Abs. 1 Grundgesetz, NJW 1957,
657/658
Überschneidungen und gegensei-
tige Ergänzungen der Grundrech-
te, in: Der Staat, 1968
Die staatliche Intervention im
Bereich der Wirtschaft, in:
VVDStL 11, 1-74
Gemeindemonopole und Grundgesetz,
in: DÖV 1962, 931-936
Grundzüge des Kommunalrechts in
der BRD, 1976
Die staatsrechtliche Einglieder-
ung des Post- und Fernmelde-
wesens in vergleichender Dar-
stellung mit der deutschen Bun-
desbahn, in: Recht, Staat, Wirt-
schaft, Bd. IV 1953

- Stern, Klaus Studien zum öffentlichen Recht und Verwaltungslehre, Bd. I, 1966
- Stödter, Rolf Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953
- Thiele, Willi Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1974
- Thieme, Werner Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280-284
Liberalismus und Grundgesetz, ZfGesStW 113, 285 ff.
- Triepel, Heinrich Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, Festschrift für Binding 1911 II, 1-85
- Über, Gisbert Freiheit des Berufs, 1952
- Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973
- Zweigert, Konrad/
Reichert-Facilides, Fritz Verfassungsfragen der Gebäudepflicht- und -monopolversicherung, ZVersWiss. 1971, 1 ff.

Lebenslauf

Am 7. Mai 1939 wurde ich als Sohn des damaligen Verbandsrevisors Friedrich Schmidt und seiner Ehefrau Elisabeth in Münster (Westf.) geboren.

In Lienen (Kreis Tecklenburg), wohin meine Mutter mit meinen beiden Schwestern und mir infolge des Krieges evakuiert worden war, besuchte ich ab Ostern 1946 die Volksschule bis zur 4. Klasse, um 1950 auf die städtische Realschule in Lengerich überzuwechseln.

Nachdem meine Familie ab 1951 wieder in Münster lebte, besuchte ich das dortige städtische, neu-sprachliche Ratsgymnasium bis zum Abitur im März 1960.

In den Fächern Rechts- und Sozialwissenschaft begann ich mein Studium an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster. Da ich mich für Journalistik interessierte, arbeitete ich zwei Jahre als freier Mitarbeiter bei einer Tageszeitung und später beim Sender Freies Berlin. An der Freien Universität Berlin belegte ich für zwei Semester die Fächer Rechtswissenschaft und Publizistik.

Am 14. Juni 1966, nachdem ich meine Ehefrau Dorit geb. Martin geheiratet hatte, beendete ich mein juristisches Studium mit dem Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Den nachfolgenden Vorbereitungsdienst verbrachte ich im Bezirk des Landgerichts Münster.

Nach Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung am 15. September 1970 in Düsseldorf wählte ich zunächst die richterliche Laufbahn, um meine juristische Ausbildung in der gerichtlichen Praxis zu vervollständigen.

Die Probezeit absolvierte ich in einer Zivil- und Strafkammer am Landgericht Münster. Später übernahm ich ein volles Dezernat und war kurz vor meinem Ausscheiden im September 1971 als Amtsrichter in Ahaus tätig.

Da mein eigentliches Berufsziel die Tätigkeit als selbständiger Rechtsanwalt war, ging ich für ein Jahr nach meiner Zulassung als Anwalt in eine Sozietät nach Ibbenbüren. Anfang 1972 machte ich mich selbständig in Bürogemeinschaft mit einem älteren Kollegen.

Seit 1974 betreibe ich mein eigenes Anwaltsbüro mit zwei weiteren Kollegen, die ich später in meine Praxis aufnahm.

gez. Peter Schmidt

